الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجزائر
كلية أصول الدين
الخروبة - الجزائر

نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة

- دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون -

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إعداد الطالب
العربي مجيدي

إشراف الأستاذ الدكتور
نصر سلمان

السنة الجامعية

1422هـ/2001-2002م

شكر وتقدير

لست أملك في نهاية ترحالي عبر رياض ومحطات هذا البحث وظلاله الوارفة، إلا أن أتوجه بأعظم الشكر و الحمد والثناء لله عز وجل علي كريم وواسع فضله بأن ألهمنا التوفيق والسدّاد حتى أنجزنا هذا العمل، رغم كثير أخطائنا وزلاتنا، وله الحمد أن وفقنا إلى شكره في آخره، لأنه لا معنى لتوفيق حرم صاحبه نعمة شكره

لو ظلت الروح في شكر لبارئهـــا بعد نجم السما في الآت والأزل
لم أوف شكراً لما قد خطّه قلمي في ذا الكتــاب بلا كلٍ ولا ملل

فاغفر إلاهي لمن بالضعف معترف يا من بعثت إلينا أكرم الرسل

كما أتوجه بأسمى آيات ومعاني الشكر لمن أخذ بيدي أثناء إنجاز هذا البحث، وغمرني بجميل تواضعه وجمّ أدبه. والذي فتح لي باب قلبه قبل بيته، وتحملني بصدر رحب إلى أن أثمر العرف بعد طول انتظار، الأستاذ المشرف **الدكتور نصر سلمان.**

وكذا أتقدم بخالص شكري وامتناني إلى سعادة الأمين العام لمركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية بالمملكة العربية السعودية على ما أمدنا به من مادة علمية كانت كالغيث النافع الذي أروى صفحات هذا البحث فأورق وأزهر.

دون أن أنسى بالشكر لكل من كان له فضل في تعليمي وتكويني منذ المرحلة الابتدائية إلى مرحلة الدراسات العليا، من معلمين وأساتذة ودكاترة فلست إلا حسنة من نبل رسالتهم [**وما أبرئ نفسي إن النفس لأمارة بالسوء**].

وشكري جزيل إلى كل من أفادنا بكتاب أو معلومة أو نصح أو كلمة طيبة شحذ بها همتنا في فترات إنجاز هذا البحث، وإلى الذي صبر على كتابة هاته الرسالة وطباعتها وإخراجها في أجمل حلّة.

فجزاهم الله عني كل خير فهو نعم المجازي ونعم المكافئ.

الإهداء

إلى كل الصانعين من أجسادهم وأرواحهم وحجارتهم جسرًا يعبر من خلاله القدس إلى جنة الحرية، إلى شهداء ومجاهدي وأطفال الأقصى المبارك.
إلى من زرعاني كالبذرة في تربة العلم،وظلا يتعهدانها حنانا وعطفا ورعاية إلى أن وصلت النبتة إلى ما هي عليه. إليكما يا من تعلمت منهما ما لم أتعلمه طوال مشوار الدراسة، إليكما يا من تعلق قلبيكما بهذا البحث أكبر مما تعلقت به، إليكما يا أحلى اسمين نطقت بهما شفتاي بعد اسم الله ورسوله، إلى والدي الكريمين: أمي وأبي.
إلى أخوتي كفاء صبرهم على كثير مطالبي أثناء إنجاز هذا البحث، إلى الأخت الوحيدة الغالية، كفاء عنايتها بي في ليالي إعدادي الرسالة، إلى الأخ الأكبر وحرمه ووردتهما اليانعة" جهاد "
إلى كل أفراد أسرتي وأهلي جزاء تحفيزهم لي خلال مشوار إنجاز هذا البحث حتى أثمر وأينع.
إلى رفاق الدراسة الذين كان جدهم واجتهادهم دافعًا كبيرًا في الوصول إلى مرحلة الدراسات العليا إلى الدفعة الأولى لقسم الشريعة والقانون بجامعة الأمير عبد القادر.
إلى الرفيق الذي تقاسمنا معًا عناء مرحلة الدراسات العليا محمد سايحي وإلى الرفاق: الزين عزري، عز الدين بوخاري، يحي بلمولود، مصطفى دنفير، لن أنساكم ولن أنسى ساعة جمعتنا أيام الجد والدراسة.
إلى كل الزملاء والأساتذة والإداريين وإلى تلامذتي بثانوية الشهيدين بابن سرور.
إلى كل هؤلاء أهدي هذا البحث وأحتسبه عند الله صدقة جارية.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

بسم الله الذي جعل العلم طريق الهداية ومطية تبوء كل سيادة وريادة, عد طلبه والمثابرة عليه عبادة, فأمر به في أول ما نزل من القرآن، ليعلمنا أن الإسلام دين العلم والنور والبيان، من سار على نوره هدي إلى طريق الصواب، ومن ضل عنه تاهت به المسالك والشعاب، هو المعين الصافي الذي لا يروى منه ناهله، ولا يملّ راغبه، ولا يصل إلى منتهاه طالبه، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين، خير من تعلم وعلم وهدى للتي هي أقوم، سيد الأتقياء وإمام الأنبياء وأجل العلماء وعلى آله وصحبه ومن اقتفى أثره وهداه وبعد:

فإن الإسلام شريعة الله الخالدة، ارتضاها لعباده دينا بعد انقطاع من الوحي وفترة من الرسل، جعله الدين الخالد عبر حقب الزمان المتوالية إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، ضمنه ما يضمن للبشرية جمعاء سعادتها وصلاحها وهناءها بما ميزه من خصائص تفرد بها عن باقي الشرائع السابقة، فلقد جعل الله الإسلام المنبع والمعين الصافي لكل باحث عن الحقيقة، تخالجت في نفسه نوازع الفطرة السليمة، جعل أحكامه مرنة مرونة تتسع لجميع الطاقات البشرية على اختلاف قدراتهم، وبناها على أساس جلب النفع والمصلحة لهم، ودفع كل مضرة ومفسدة عنهم، يقصد من خلال أحكامه وتشريعه إلى الرقي بالروح البشرية إلى عالم من المثالية يتلذذ فيها طعم السعادة المنشودة، غير أنها مثالية واقعية لم تغفل حقيقة ضعف الإنسان ونوازعه الفطرية، لذا فقد تعاملت معه في صورته الحقيقة، فأقرت له جميع حقوقه التي يسعى دائما إلى تحقيقها بطريق فطرته التي فطر عليها، إقرارا سماويا مبناه الوحي الإلاهي لتكون بذلك حقوقه منحة من الله منحها إياه وليست وليدة طبيعته الإنسانية فحسب، وضبطها بقيود توسع من الحق في حد ذاته ولا تضيق نطاقه، فإذا ما خالفها وحاد عنها ضاق الحق إن لم ينعدم تماما، لأن الله ربط الحق بغايته ومقصده المشروع من أجله وهي مدى تحقيق المصلحة ودرء المفسدة، فكان الإسلام بهذه الفلسفة الراقية الشريعة السامية والسباقة إلى إقرار الحقوق بجميع أنواعها، إقرارا منشؤه واقعية هذا الدين المستمد من الوحي الإلاهي الذي لا يشوبه أي نقص أو قصور.

من هذا كله تعتبر نظرية الحق في الفقه الإسلامي من كبرى النظريات فيه، انطلاقا من فكرة الحق المقررة شرعا للفرد والجماعة بما تحقق مصلحتهما ومنفعتهما، وبما يحقق المصلحة المقررة شرعا من وراءه، لأن الشريعة ما جاءت إلا لتحقيق وحفظ مصالح العباد في العاجل والآجل، غير أن الشريعة بإقرارها لحقوق الفرد فقد وجهت استعمالها على نحو يضمن تحقيق الغاية التي من أجلها شرعت، وحتى لا تتصادم الحقوق مع بعضها أو المصالح الفردية مع المصلحة العامة، لذا فإن من أهم المبادئ التي تقوم عليها الشريعة في إقرارها للحقوق إقامة التوازن بين مصالحها المتضاربة، توازنا يضمن قيام العدل أساس التشريع، وهذا ما يميز بين مفهوم الحق في الشريعة الإسلامية عنه في القوانين الوضعية، هذه الأخيرة التي تنظر إلى الحق وحفظه على طرفي نقيض بناء على الفلسفة والمذهب المبنية عليه، حيث نجد من يطلق للفرد الحرية الكاملة في استعماله لحقوقه إطلاقًا كاملاً بناء على النـزعة الفردية دون مراعاة المصالح التي قد تمسها هاته الحرية في التصرف، في حين يقف جانب آخر من القانون في مقابل هذا بوضع المصلحة العامة هي الأساس في تشريع الحقوق ولو على حساب حق الفرد ومصلحته الذاتية.

من هذا البعد المقاصدي لروح التشريع في إقراره وتصوره لفكرة الحق، فإن الحق في الشريعة الإسلامية يأخذ صفة مزدوجة تسعى في كل تصرف أو عند تطبيق أي حق إلى مراعاة مبدأ التوازن بينهما بما يضمن تحقيق المصلحة لكلا الجانبين فردا أو مجتمعا، وهذا بتحقيق المصلحة التي تضمن درء المفسدة والضرر، لذا فإن الشريعة في تطبيقها الحقوق وحكمها على التصرفات تنظر وتعتد بالمآل والثمرة من هذا الفعل أو التصرف، حيث أنها لا تتوقف على ظاهر الفعل ووصفه الخارجي كونه مباحا، وإنما تنظر إلى ما سيؤول إليه هذا الحق عند القيام به من مصلحة أو مفسدة، وهذا حتى لا يهدم العدل والمصلحة المعتبرين شرعا. لذا وانطلاقا من فكرة الحق المزدوجة في الشريعة الإسلامية، بإقرارها لكلا الحقين الفردي والجماعي وضرورة التوازن بينهما وبالموازنة بين مصالحها المتعارضة تحقيقا للمصلحة الشرعية الكبرى أو درءًا للمفسدة العظمى تجد نظرية التعسف في استعمال الحق استواءها في الفقه الإسلامي، حيث أن التصرف لابد وأن يؤول إلى مصلحة شرعية منوطة بعدم إلحاقها مفسدة للغير فردا أو جماعة، لذا كان لزاما أن يكون الفعل أو التصرف مطابقًا لقصد الشارع ظاهرا وباطنا، بما يضمن تحقيق المصلحة المتوخاة ومراعاة لمبدأ التوازن بين المصالح بتحقيق المصالح الأكثر نفعا عن طريق تقديم المصلحة العامة عند تعارضها مع المصلحة الفردية عند الإقتضاء.

ومنه فإن نظرية التعسف في استعمال الحق تجد بناءها في الفقه الإسلامي على كامل أصولها اعتمادا على ما سبق، حيث أن التشريع الإسلامي قد ربط الحق في مشروعيته وقيده بما سيؤول

إليه والباعث عليه، فإن كان الحق عند استعماله سيؤول إلى ضرر يلحق الغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، كان هذا التصرف تعسفًا وجب درؤه إقامةً للعدل ودرءًا للمفسدة التي جاءت الشريعة لإزالتها، وعلى هذا فإن التعسف في استعمال الحق في مفهومه بناءًا على ما أقرته الشريعة الإسلامية في نظرتها لفكرة الحق ليس إلا مناقضة ومخالفة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا، لتظهر من خلاله هاته الفلسفة العميقة في بعدها مدى عبقرية التشريع الإسلامي في إطلاقه الحرية في استعمال الحقوق لكن على أساس تحقيقها لقصد الشارع وبما لا يناقضه، أي بما يحقق للفرد مصلحته دون أن يلحق ضررا بغيره، أو يمس بالمصلحة العامة في نفس الوقت، وهذا كله مبناه أن المصلحة في الفقه الإسلامي المقصودة من وراء الحكم هي مصلحة وضعها الشارع غاية للحكم لا مصلحة يحكمها العقل فقط، فوجب أن يكون التصرف على وفقها لأن المصالح الجزئية ليست إلا فروعا وتطبيقات للمصلحة الكبرى التي بني عليها التشريع الإسلامي وهي جلب المصلحة ودرء المفسدة.

ولعلّ من أهم الحقوق وأخطرها إلحاق الضرر بالغير إذا ما تعسف صاحبها في استعمالها هي الحقوق الزوجية أو الحقوق المتبادلة داخل الأسرة، وبالأخص الحقوق المخولة للزوج بموجب امتلاكه لعصمة النكاح، لذا فإن الفقه الإسلامي في باب فقه الأحوال الشخصية قد ضبطها وأقامها على أساس منع التعسف فيها تحقيقا لمقصد استقرار الحياة الزوجية وعدم استعمالها كوسيلة للإنتقام والإيذاء، ومن هنا كان لنظرية التعسف في استعمال الحق الأثر الواضح والجلي في أحكام هذا الباب من أبواب الفقه بما يجعل أحكام فقه الأسرة كفيلة بأن تحفظ للأسرة دوامها واستقرارها وتحفظ لكل فرد فيها حقوقه على أكمل وجه مهما اختلفت الأزمان وتغيرت الظروف والطباع باعتبارها أحكام مقاصدية تبنى على أساس دفع الضرر وحفظ المصلحة مهما تغير نوع الضرر وتقلبت أوجه المصلحة.

- أهمية الدراسة:

تكمن أهمية موضوع التعسف في استعمال الحق في أهمية الحق في حد ذاته، حيث أن الشريعة قد أقرت بفكرة الحق وضمنت لكل فرد حقوقه، غير أن النوازع النفسية للأفراد في السعي إلى تحقيق مصالحها قد يؤدي إلى تصادم الحقوق فيما بينها وانقلابها إلى وسائل لتحقيق مفاسد ومضار بالغير بحجة المصلحة المقصودة من استعمال الحق، من هنا تظهر أهمية نظرية التعسف كضابط للتصرف واستعمال الحق المخول شرعا، ضابط يضمن تحقيق المصلحة المشروعة ودرء أي مضرة ومفسدة، فهي معيار يضمن عدم انقلاب المقصد من مصلحة شرعية إلى مفسدة

وضرر جراء تعسف صاحب الحق في استعماله حقه تعسف مبناه الباعث غير المشروع أو ترجيح مصلحة مرجوحة على أخرى راجحة، أو كان استعماله لمحض الضرر والإيذاء.

ولما كانت الحقوق المشروعة للزوج داخل الأسرة قد منحت له شرعا لاعتبار رجاحة العقل والرزانة المعهودة أصلاً في الرجل مما يخوله حسن تسيير الأسرة باستعماله لهاته الحقوق في حينها وحين تستدعيها الظروف، فإن التعسف فيها يشكل من الخطورة من حيث آثاره الشيء الكثير، وذلك لتعلق الضرر بالجانب المعنوي والأدبي أكثر من الجانب المادي للمرأة بما يمس كرامتها أو يهينها، ويمس مباشرة بالمقاصد الشرعية التي شرع الزواج وأحكامه من أجلها، فالتعسف في استعمال الحقوق الزوجية من قبل الزوج سيمس بقداسة أغلظ المواثيق والعقود وأعظمها شرعا. من هذا فإن نظرية التعسف في استعمال الحق تجد مجالها واسعا في فقه الأسرة، وآثارها فيه كثيرة منها ما وضحناه بيمين الدراسة في هذا البحث.

ولعلّ من محاسن وفضائل الأقدار أن يتواكب هذا البحث وهذه الدراسة مع طرح الكثيرين لقضية تعديل قانون الأسرة على اعتبار رجعيته وعدم موائمته لظروف الزمان المعاصرة، وكذا هضمه لحقوق المرأة، وهي دعوة بها كثير من الدخن، وتفصح عن جهل أصحابها بحقيقة هذا الدين وفلسفة تشريعه، ولعلّ لهذه الدراسة أن تساهم في إجلاء هذا الجهل عن هؤلاء – إن صدقت نواياهم – عن فهم حقيقة التشريع الإسلامي في تناوله لقضايا الأسرة وأحكامها وبما يوضح عمق هذا التشريع وجوهره، من أنه تشريع ليس فيه ما يعرف بالحقوق المطلقة وذلك لأنه لا يبني أحكامه على مجرد الفعل الظاهر وإنما ينظر إلى مآله ومقصده، فإذا ما ترتب على استعمال الحق مضرة للغير أو حاد به صاحبه عما قصد به شرعا عد ذلك تعسفا وجب درؤه ويتحمل المتعسف تبعات تعسفه. ولعمري إن هذه الفلسفة في التشريع لا يتميز بها إلا دين يـبني أصوله ويستمد أحكامه من منبع النور الإلاهي ومعين الوحي الصافي.

- دواعي اختيار الموضوع:

لعلّ أكبر دافع جعلني أتناول هذا الموضوع بيمين البحث والدراسة هو تعلقه بفلسفة التشريع الإسلامي والبحث في عمقه وجوهره ومقاصده، والذي نراه جديرا بأن تنصب جهود الباحثين وتجري به أقلامهم لإبراز مقومات هذا الدين بما يثبت صلاحيته وموائمته لتغيرات ظروف الزمان وتقلباته خصوصا وأن الدراسات القانونية الوضعية قد أخذت من الرقي على أيدي أصحابها الشكل الكبير مما قد يزرع اللّبس والشك في أذهان الكثيرين ويرمون التشريع الإسلامي بالجمود والقصور عن تناول الكثير من النظريات والمبادئ القانونية التي ظهرت على أيدي فقهائه،

متجاهلين في غمرة هذا أن جل النظريات والمبادئ القانونية إن لم نقل كلها قد أقرتها الشريعة في أصولها ومبادئها وقواعدها فَقَمِنٌ بالباحثين أن يتناولوها في دراسات دقيقة ومتخصصة، مثبتين بذلك خاصية صلاحية هذه الشريعة لأن تفي بمتطلبات العصر وتغيراته في مجال التشريع والتقنين.

- وكذلك ثراء هذا الموضوع في تعلقه بجوانب أبواب التشريع المختلفة فهو موضوع فقهي ذو علاقة وطيدة بعلمي المقاصد والأصول، مما يجعله موضوعا دسما لباحثه في أن يطوف بجوانب العلوم الشرعية.
- إظهار مدى عدالة الإسلام في تشريع الأحكام المتعلقة بالأسرة بجعله لتدابير احترازية تضمن عدم حياد الحقوق المخولة للزوج عما قصدت به شرعا، وبما يضمن للزوجة حقوقها ويحفظ لها كرامتها وقيمتها كأميرة داخل عرش الأسرة.
- بيان مدى العبقرية الشرعية في الفقه الإسلامي بسبقه تطبيق هاته النظرية، وإن كان لم يؤسس لها كنظرية متكاملة ومستقرة وإنما من خلال ما تناثر من فروع فقهية وقواعد وأصول عامة تضبط استعمال الحق وتطبيقه بما يحفظ مبدأ التوازن المشروع بين المصالح عند تعارضها، والذي هو جوهر نظرية التعسف وروحها.
- قلة البحوث والدراسات التي تناولت هذا الموضوع وبالأخص على مستوى دوائر البحوث القانونية والشرعية في جامعاتنا، حسب إطلاعي، مما شجعني أكثر على خوضه لأمهد به سبيلاً لغيري من الباحثين في هذا الموضوع.
- إبراز مدى شمولية نظرية التعسف لجميع الحقوق من حيث تطبيقها، وأنها لا تنحصر كما يظن الكثيرين في حقوق الملكية والجوار أو في استعمال السلطة، وذلك ببيان مدى أثرها في أهم أبواب الفقه وهو فقه الأسرة أو الأحوال الشخصية.

- منهج الدراسة:

إن طبيعة الموضوع وحيثياته اقتضت مني اعتماد ثلاث مناهج خلال الدراسة وإنجاز هذا البحث، أولها المنهج الإستقرائي لجزئياته خاصة وأنها جزئيات متنوعة المورد بين الفقه و الأصول والمقاصد والقانون، ولكن بما يحتمله هذا البحث ودون توسع لأنه كلما خطوة في ذلك خطوة إلا ولاحت جزئيات أخرى كثيرة لو بقيت في استقصائها لما وسعتها الصفحات الكثيرة ولكن قد تغني الإشارة عن كثير من العبارة، لأعمد بعد ذلك إلى المنهج التحليلي لما استقرأته من الآراء والأفكار في جزئياته بحسب طاقتي في فهمي لها وذلك كي تتجلى معالم هذا البحث وتتضح ولأتوج ما حلّلته بمنهج المقارنة بين ما أقرته الشريعة وما توصل إليه فقهاء القانون مقارنة من

حيث المبادئ العامة لا من حيث الجزئيات والفروع، وذلك لأنه شتان ما بين التشريعين من حيث الفروق الجوهرية بينهما مما لا يخفى على كل لبيب ذي عقل صائب، ومشيرين في ذات الوقت في الجانب التطبيقي لهذا البحث ما اعتمده المشرع الجزائري فيما تعلق بالنظرية بشكل عام فيما ورد في القانون المدني أو ما تعلق بتطبيقاتها فيما ورد في فقه الأسرة، باعتبار أن هذا الأخير مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية واستنتاج ما يمكن استنتاجه كلما اقتضى الأمر ذلك.

- **خطة البحث:**

لقد آثرت أن تكون خطة بحثي الذي وسمته بـ:" **نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون -** " خطة بسيطة في تقسيماتها متوازنة من حيث التفريعات وذلك حتى يسهل استيعاب الموضوع لكل قارئ مطلع على هذا البحث، فجعلته في ثلاثة فصول.

- **الفصل الأول:** والذي يعتبر كمدخل للبحث وضحت فيه الأسس التي تبنى عليها نظرية التعسف في استعمال الحق وحقيقتها، وذلك على مدار ثلاثة مباحث تناولت في الأول منها مفهوم الحق فكرة وتعريفًا سواء عند فقهاء الشريعة أو عند أهل القانون، ومدى صلته بنظرية التعسف على اعتبار أن وجود الحق أول ما تتأسس عليه نظرية التعسف أما المبحث الثاني فقد تناولت فيه أساس قيام وإبتـناء التعسف وهو الموازنة بين المصالح المتعارضة، أوضحت من خلاله مفهوم المصلحة شرعا وقانونا والمبادئ التي وضعتها الشريعة الإسلامية للموازنة بين الحقوق الفردية والجماعية أو المصالح الخاصة والعامة ولأختمه بعقد مقارنة فيما تعلق بفكرة الحق وطبيعتها بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ولأخلص إلى المبحث الأخير الذي وضحت فيه حقيقة التعسف في استعمال الحق ومفهومه في كل من الفقه والقانون.
- **الفصل الثاني:** والذي كان لبيان أدلة ومؤيدات نظرية التعسف في التشريع الإسلامي ومعاييرها بين الفقه والقانون، وكذلك كان على ثلاثة مباحث، تناولت في المبحث الأول منها أدلة النظرية من القرآن والسنة النبوية وعمل الصحابة. أما المبحث الثاني فكان كذلك لأدلة ومؤيدات النظرية من المبادئ والأصول الشرعية وما استقرأه الفقهاء من قواعد فقهية، وما يستخلص منها، لأوضح من خلال المبحث الثالث معايير التعسف في كل من الفقه والقانون وتقديرها من حيث ضبطها للتعسف أم لا، ولأتناول بعد هذا موقف القوانين الحديثة من نظرية التعسف بما فيها القانون الجزائري ولأختم هذا المبحث والفصل ببيان الجزاء المترتب عن التعسف حين ثبوته شرعا وقانونا.

- **الفصل الثالث:** والذي يمثل الجانب التطبيقي للبحث وذلك ببيان وإيضاح أثر التعسف وتطبيقات النظرية في أحكام فقه الأسرة وذلك من خلال أربع أمثلة على مدار أربعة مباحث وبيان ما يترتب عليها من أحكام بنيت في أصلها على التعسف الثابت في تصرفات الزوج عند استعماله لما منح من حقوق وذلك من خلال التعسف في حق العدول عن الخطبة واستعمال حق التأديب حال نشوز الزوجة والتعسف في إيقاع الطلاق وفي الوصية.

وفي آخر البحث توقف بي المطاف إلى الخاتمة التي ضمنتها حوصلة هذه الدراسة وأهم النتائج التي توصلت إليها.

- العوائق والعقبات:

- لعلّ أكبر عائق واجهني قبل وأثناء إنجاز هذا البحث هو العائق النفسي في ولوج غمار البحوث المتخصصة وبالأخص في مجال العلوم الشرعية وذلك لشعوري بأني أقل مما أنا مقدم عليه وذلك لقلة زادي وضعف استعدادي، ولكن توفيق الله كان قد سبق في علم الأزل حيث لمست فضائله عبر إنجازي صفحات هذا البحث [**وما توفيقي إلى بالله عليه توكلت وإليه أنيب**] .
- قلة المراجع التي تستقى منها فروع هذا البحث من دراسات وبحوث متخصصة وذلك في حدود بحثي عبر كبريات المكتبات العلمية والجامعية في بلادنا وحسب قدرتي وجهدي وما استطعت أن أطلع عليه، فالموضوع لم يزد أن يكون مبحثًا جزئيا فيما يكتب في المداخل القانونية في نظرية الحق، أما في المصادر الشرعية فهو شتات كبير عبر ما كتبه الفقهاء من فروع فقهية جمعها يحتاج جهدا خاصا، ولعلّ قلة ما كتب في هذا الموضوع هو ما دفعني إلى الكتابة فيه فلعلي أحوز فضل السبق ويكون للمتعقب فضل الزيادة.
- صعوبة الجمع بين أداء رسالتين لا تقل إحداهما عن الأخرى جهدا وعناءً، رسالة دافعها الطموح الذي حداني منذ وطئت قدماي الجامعة وهي إنجاز هذا البحث، ورسالة حملتها على عاتقي بعد تخرجي وهي مهمة التعليم أعظم أمانة بعد أمانة النبوة، ولكن الله يسر في الكثير مما رأيناه صعبا فلقد كانت الرسالة الأولى كمحطة من تعب وعناء الثانية، وأذكت الأولى عطاء وثراء الرسالة الثانية، ولعلّ هذا العائق هو الذي أمد في عمر هاته الرسالة ولكن عزائي في هذه المدة من الزمن الحكمة التي تقول: "اصعد ببطء كي تصل بسرعة".

- مصادر البحث وتوثيقه:

لعلّ من أجمل وأفضل حسنات هذا البحث رغم كبير العناء والجهد الذي لاقيته خلال إنجازه هو لمسي حقيقة لمقولة لطالما رددناها شعارا وهو أن خير جليس في الأنام كتاب، فلقد استمتعت برفقته طيلة مراحل هذا البحث، والذي حاولت جاهدا أن أرجع فيه إلى أمهات المصادر بالنسبة لكل مذهب فقهي بحسب ما توفر لدي في شتى الأبواب من فقه وتفسير وأصول، دون أن أستغني عما كتب في الموضوع حديثا من المراجع ربطًا لما كتب بما يكتب وإثراء وتنويعا لمادة البحث، بما في ذلك اللات التي حفلت بمقالات دقيقة تمثل العصارة الزكية لهذا الموضوع وموثقا لها جميعها في الهامش بذكر اسم المؤلف واسم الكتاب وبلد الطبعة ورقمها وتاريخها ثم الجزء والصفحة، دون أن أنسى في ذات الوقت تخريج ما استشهدت به من شواهد من القرآن بذكر السورة ورقم الآية، ومن السنة بتخريج الأحاديث بالرجوع إلى مضانها من كتب الحديث سواء ما كان من الصحيحين أو من كتب السنن وذلك بذكر المخرج للحديث، والباب والكتاب فرقم الحديث ثم الجزء والصفحة في الكتاب المذكور فيه الحديث تسهيلاً لقارئه الرجوع إليه إذا ما أراد.

أما فيما يتعلق بالأعلام فلقد حاولت جاهدا أن أترجم لجلّ من ورد ذكرهم في صلب البحث في أول موضع يذكر فيه وذلك بالرجوع إلى كتب التراجم والأعلام سواء القديم منها أو ما ألف حديثًا لأن القصد من الترجمة إزالة الإبهام والتعريف بمن ذكر اسمه لدى القارئ.

لأختم الرسالة بفهارس متنوعة، بادئًا بفهرس آيات القرآن ثم فهرس الأحاديث ثم فهرس الكتب والمصادر مرتبة على حروف الهجاء بالنظر إلى عنوان الكتاب مع إسقاط "الـ" في المعرف، ثم فهرس ما ورد في البحث من قرارات وأحكام قضائية ففهرس المواد القانونية بذكر أرقامها حسب نوع القانون الواردة فيه، ليليها فهرس الأعلام مرتبين على حروف الهجاء كذلك مع إسقاط "الـ" من الاسم المعرف، ولأختم الفهارس بفهرس الموضوعات الواردة في صلب البحث مقسمة على حسب الفصول والمباحث والمطالب.

وفي الأخير فإني لا أدعي بعد إنجازي لهذا البحث أني قد وفيته حقّه وألممت بجميع جوانبه إلماما تاما، فلكل شيء إذا ما تم نقصان، ولكن حسبي أني لم أدخر فيه جهدا في أن أنجزه إنجازا علميا لا يطرحه قارئه إلاّ وقد أخذ منه واستفاد ولو بثمرة واحدة، وهذا لن يتأتى لهذا البحث إلا بعد أن يصوب خطأه ويصحح زلـله بما قد تبديه اللجنة المناقشة والذين لهم أسمى آيات الشكر وأجزل معاني الإمتنان سلفا على تفضلهم بتصويب محاولة من لا يرى في نفسه سوى طالب علم ما زال الطريق أمامه جد طويل لم ولن يستغني عن نصح أساتذته وتوجيهاتهم.

وفي الختام أسأل الله راجيا بعد حروف هاته الرسالة غفران ما قد زلّ به قلمي، أو ما قد حدثتني به نفسي في لحظة غفلة وإعجاب، فاللهم اجعل هذا البحث لي صدقة جارية أكفّر بها عن كثير سيئاتي وخطاياي التي أنت أعلم بها وعاملني بواسع رحمتك قبل أن تنـزل علي عدلك.

[فاطر السموات والأرض أنت و ليي في الدنيا والآخرة توفني مسلمًا وألحقني بالصالحين][1]

الآية 101.

πالفصل الأول ι

الأسس التي تنبني عليها نظرية التعسف في استعمال الحق وحقيقتها

وفيه ثلاث مباحث:

- المبحث الأول: مفهوم الحق وتعريفه
- **المبحث الثاني: الموازنة بين المصالح عند تعارضها**
- **المبحث الثالث: حقيقة التعسف ومفهومه**

المبحث الأول
مفهوم الحق وتعريفه
المطلب الأول
نشأة فكرة الحق

تتعلق نشأة فكرة الحق بوجود الإنسان في حد ذاته، وتكوينه للمجتمع بحسب طبيعته الاجتماعية، والتي تنشأ بدافع حاجاته ورغباته التي تدفعه إلى الاحتكاك والتعامل مع غيره، لذا فإن فكرة الحق تعد وتعتبر ثمرة التفكير الإجتماعي في الرأي العام البشري، فإنه وقبل نشوء العلاقات الإجتماعية والروابط المتولدة من الإحتكاك، والتعامل لم يكن بمستطاع الإنسان إدراك ما يسمى بالحق[2].

فالإنسان خلق مفطورا على تحقيق رغبات ومتطلبات في حياته للحفاظ على ذاته فيها، وقد لا يمكنه تحقيقها ووجودها إلا عند غيره، ففي عهد الإنسان الأول كانت كل جماعة تتكل على نفسها، وتعيش عيشة مشتركة؛ كانت تجد نفسها أمام حاجات دائمة التوالد متكررة، كمتطلبات الحياة اليوم من الغذاء والكساء والمأوى، مما يدفع أصحابها إلى إلتماسها مما في أحضان الطبيعة، أو مما في حيازة الآخرين، مما يؤدي إلى تصادم المصالح وتعارض الإرادات بحكم الحاجة. من هذا كان لزاما وحتما إلى الشعور بوضع نظام بجانب هذه الحاجات والرغبات المتكررة ينظمها ويحددها حتى لا تطغى حاجة إنسان على حاجة غيره، ولا تصطدم حريته بحرية من سواه، ولم يكن هذا النظام الذي شعرت البشرية بضرورته ولزومه، - شعورها بالحاجة إلى الغذاء والكساء - في أقدم عصورها سوى فكرة الحق، والتي من شأنها تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض في مجال الحاجات والرغبات، ووضع حاجز بين حاجات الأفراد داخل الجماعة الواحدة، وبين الجماعات المختلفة

---

[2] أنظر : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : د. محمد عبيد الكبيسي، ود. محمد عباس السمرائي، ود. مصطفى الزيلعي. دار المعرفة، ط1. 1980، ص253.

فيما بينها، حتى لا تلتهم إحداها الأخرى، وحتى لا تصطدم حريات الأفراد فتـتهاتر وتنهار.[3]

من هذا المنطلق نشأت فكرة الحق وإستقرت في آراء البشرية والإحتكام إليها. لكن وبحكم تجاذب الحقوق بين الأفراد، أصبح من الضروري تحديد مفهوم الحق بتحديد جزئياته،وتعيين مواقعه لتنتظم الحقوق بشكل يعيش به الإنسان في أمن وإستقرار، لأن الرغبة والحاجة يدفعان الفرد إلى التطلع إلى ما في يد الغير، وبدافع وعامل الأثرة يسعى الغير للحفاظ على ما في حيازته والدفاع لبقائها ودوامها، بغض النظر عن مدى حاجته إلى الشيء المدافع عنه أم لا، فإن لم تنظم فكرة الحق وتحدد، ساد التمع الفوضى والإعتداء بدافع الرغبة والحاجة من المعتدي، وبدافع الإستئثار المرتبط بالحيازة لدى الغير.

غير أن هذا الإستقرار والأمن لم يتحقق بحكم ضعف المدارك البشرية وإختلافها وتفاوتها في تحديد مفهوم الحق وتعيين مواقعه، لذا اقتضت الضرورة تدخل التشريعات الإلاهية لتنظيم علاقات الإنسان، فحددت مفاهيم الحقوق، ورسمت حدودها حفاظًا على صيرورة التمع بتنظيم علاقات أفراده المتضاربة بحكم المصالح والرغبات. ومن هذه التشريعات الإلاهية كان الفقه الإسلامي، الذي تكفل ببيان أحكام الحق بأوسع ما عرفه التاريخ التشريعي في العالم.[4]

وبناءًا على كل هذا فإن فكرة الحق تعد تفسيرا للتفاعل المتبادل بين الفرد والتمع، فالتمع ينمي في الفرد صفة الإنسانية، ونتيجة لنشاط الفرد يصعد التمع ويرتقي في سلم المدنية والحضرية.[5]

---

[3] أنظر : تاريخ الفقه الإسلامي ونظرياته العامة: د. عبد الودود محمد السريتي، بيروت، دار النهضة العربية، 1993، ص175.

[4] د. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دمشق، طابع ألف _ باء _ الأديب، ط9، 1968، ج3، ص9.

[5] د. عبد الهادي يونس العطالي : ماهية الحق في القانون الخاص. مقال بمجلة القانون والإقتصاد، مطبعة جامعـة القـاهرة، العدد 4، السنة33، ديسمبر1963، ص16.

وإنطلاقا من سمو وكمال التشريع الإلاهي وفي المقابل ضعف وقصور المدارك العقلية البشرية، يختلف تحديد مفهوم الحق وطبيعته، لأن تحديد فكرة الحق ومفهومه ليست إلا إنعكاسا لتصور التشريع للحق في ذاته المبني على فلسفة نظرته للإنسان وحدود حريته داخل التمع، ونطاق ومدى إستعماله لحقوقه، لأن هذا هو أساس التصور الكامل لنظرية التعسف في إستعمال الحق الناشئ عن تحديد فكرة الحق من حيث المنشأ والمفهوم.

- أولاً: منشأ فكرة الحق وطبيعته في **الفقه الإسلامي:**

تختلف نظرة الفقه الإسلامي إلى الحق عنها في القانون الوضعي إختلافًا بينا، ناشئًا عن طبيعة الفقه الإسلامي من حيث المصدر، فالفقه الإسلامي في أصوله العامة وقواعده ليس وليد الإجتهاد والإبتكار العقلي – كما في القانون الناشئ عن تغييرات ظروف الواقع- فالفقه الإسلامي بعيد كل البعد عن الواقعية التي تعني خضوع أحكامه للواقع ومسايرته في كل إتجاهاته[6]، فهو ليس مظهرا للإرادة الإنسانية المتغيرة بما يثيرها من نوازع وأهواء أو للظروف والعوامل الإجتماعية والإقتصادية والمصالح التي تهدم قديمه وتنسفه لتقيمه على أسس جديدة مناقضة لسابقتها، تبقى هي كذلك محكومة بتغير الظروف والعوامل أيضا، وإنما هو فقه يستمد أحكامه من أصول تشريعية مصدرها الوحي الإلاهي قرآنا وسنة، أو من دلائل أخرى تبنى على هذه المصدرين نصا ومعنى[7]. وعليه فإن منشأ الحق بناءًا على ما ذكرنا وما قرره العلماء هو الحكم الشرعي، فحقوق الأفراد في نظرة الفقه

---

[6] د. مصطفى شلبي : الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، بيروت، لبنان، الدار الجامعية، ط1982، ص13.

[7] **نصًا:** كالإجماع الذي لا بد أن يكون سنده نصًا في الغالب، وكالقياس الذي لا بد أن يكون الأصل المقيس عليه منصوصًا على حكمه.

ومعنى : كباقي الأدلة المختلف فيها لسد الذرائع والإستحسان وغيرها.

ليست حقوقًا طبيعية، ولكنها منح إلاهية تستند إلى المصادر التي نستنبط منها الأحكام الشرعية، فلا يوجد حق شرعي من غير دليل عليه[8]. فالإنسان في نظر الشريعة الإسلامية لا يستحق الحق بكونه إنسانا، بل هو منحة من الله له. وعليه فإن الشريعة هي أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة. فلا وجود لفكرة الحق المطلق في الشريعة الإسلامية، والذي بني عن فكرة فلسفية مفادها أن الفرد وجد منعزلاً متمتعا بحقوق مطلقة، فالحق على وفق هذه النظرة ليس إلا مظهرا لإرادة الفرد الحرة. يقول الإمام الشاطبي[9] موضحا منشأ الحق في الفقه: "لأن ما هو حق للعبد إنما يثبت كونه حقا بإثبات الشرع ذلك له لا بكونه مستحقًا لذلك بحكم الأصل."[10]

ويقول أيضا: "فإن ما هو لله فهو لله، وما كان للعبد فراجع إلى الله من جهة حق الله فيه[11] ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله، إذا كان لله ألا يجعل للعبد حقًا أصلاً "[12]. وما دام الحق هو الحكم الثابت فإن المثبت للحقوق بداهة هو الشارع وليس لأحد معه تشريع في أي ناحية[13].

ويترتب على اعتبار منشأ الحق في الفقه الإسلامي هو الحكم الشرعي نتائج هامة منها[14]:

---

[8] د. محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ط4، 1969، ص421.

[9] **الشاطبي**: هو أبو إسحاق ابراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي، الأصولي المحقق اللغوي الأديب لا يعرف تاريخ ميلاده تحديدًا، توفي بغرناطة سنة (790هـ)، ترك أثارًا علمية كثيرة هائلة منها: "الموافقات"، "الإعتصام"...أنظر في ترجمته: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، ص231. وبن القاضي، درة الحجال بأسماء الرجال، تحقيق محمد الأحمدي أبو النور، القاهرة، دار التراث، ج1، ص182.

[10] الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي، دار المعرفة، لبنان، ط2، 1975، ج2، ص377.

[11] مما يلاحظ على هذا القول أن الإمام الشاطبي يكاد أن يلغي حق الفرد تمامًا، حيث يرى أنه حق غير خالص لصاحبه بل هو مشوب بحق الله،وهذا مرده كما أسلفنا القول إلى منشأ الحق في ذاته المبني على الحكم الشرعي والذي هو خطاب الله لعباده المكلفين.

[12] أبو إسحاق الشاطبي، مرجع سابق، ص316.

[13] محمد سلام مدكور، مرجع سابق، ص421.

[14] د. محمد عبيد الكبيسي، مرجع سابق، ص215-216. ود. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، ص71-72.

1. أن الله تعالى ما منح الحق للإنسان بما شرعه من أحكام إلا لحكمة، هي مصلحة قصد تحقيقها بشرعية الحق، وإلا كان المنح بغير غاية، والله عز وجل منزّه في تشريعه عن العبث، وهذا ما قرره علماء الأصول والمقاصد من أن الأحكام الشرعية معللة بمصالح العباد، وفي هذا يقول الإمام العز بن عبد السلام[15]: "والشريعة كلها مصالح إما تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح"[16]، وقال الإمام ابن قيم الجوزية[17]: "الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها"[18].
2. أن الأصل في الحق التقييد لا الإطلاق، لأنه إذا كان منحة من الشارع فهو مقيد بما قيده الشارع إبتداء.
3. أن الحق إذا كان ممنوحا لأجل مصلحة قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق تعين أن يكون تصرف الفرد بحقه مقيدا بما يحقق تلك المصلحة، حتى يكون قصده في استعمال حقه موافقًا لقصد الله في التشريع وإلا كان مناقضا للشرع ويكون تصرفه باطلاً.
4. أن الحق ليس غاية في ذاته، وإنما يعتبر وسيلة إلى المقصد الذي شرع من أجله وهي المصلحة، إذ لو كان غاية في حد ذاته لجاز للفرد أن يتصرف في حقه وفق هواه ورغبته.

---

[15] **العز بن عبد السلام**: هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن السلمي الملقب بسلطان العلماء شافعي المذهب، ولد بدمشق سنة (577هـ) وتوفي بالقاهرة سنة (660هـ) فقيه مجتهد وأصولي محدث برع في علوم الشريعة واللغة، له مصنفات كثيرة من أهما: "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، "الغاية في إختصار النهاية للجويني"، "الفوائد". أنظر في ترجمته: ابن عماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، بيروت، دار الكتب العلمية، ج5، ص301.

[16] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، بيروت، دار المعرفة، ج1، ص9.

[17] **ابن قيّم الجوزية**: هو أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيّم الجوزية الدمشقي ولد بدمشق سنة (691هـ) وتوفي بها سنة (751هـ) تتلمذ علي يد شيخ الإسلام ابن تيمية، له مؤلفات كثيرة مشهورة منها: "إعلام الموقعين"، "زاد المعاد"، "الطرق الحكمية"، أنظر في ترجمته: ابن عماد الحنبلي، شذرات الذهب، ج6، ص168. وانظر كذلك: الزركلي، الأعلام، ج6، ص280.

[18] إعلام الموقعين، بيروت، دار الجيل، ج3، ص3.

5. أن الفرد في الشريعة ذو كيان مستقل وشخصيته ذاتية في الجماعة لا مجرد عنصر تكويني أو آلة اجتماعية عند ممارسة حقه وحصوله عليه دون أن تكون له الحرية المطلقة، وإن كانت الشريعة بأحكامها قد منحت له حقوقه الشخصية من الحرية والعصمة والملكية باعتبار إنسانيته، فإن هذه الحقوق مقيدة بما ألقت عليه من مسؤولية دينية ودنيوية بما يمنع لحوق الضرر بغيره عند ممارسة حقه، وهذا لارتباطه بالجماعة ارتباط تعـ ـاون على البر والصالح العـام، عملا بقولـه تعالى:[**وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان**][19]، وبذلك يكون ملزما إيجابيا بالتعاون على الخير المشترك، وملزما سلبيا بتجنب الإثم والفساد والإضرار[20].

وعلى هذا فقد قيدت الشريعة الإسلامية حقوق الأفراد في استعمالها بمراعاة مصلحة الغير وعدم الإضرار بالجماعة، فليس للفرد مطلق الحرية في استعمال حقه، بمعنى أنه السيد المطلق الذي لا يحد من سلطاته في ذلك أي إنسان، حتى لو تعسف في استعمال ذلك الحق ضررا بالآخرين[21].

وكل هذا مبناه الطبيعة المزدوجة للفقه الإسلامي في تقريره للحق، فهو لم يجعل الفرد محورا له في تشريعه بحيث يصبح كأداة لحماية مصالحه، ولو على حساب التمع الذي يعيش فيه، كما أنه في ذات الوقت لا يفهم أنه جعله مدار تشريعه يدور فقط حول الجماعة ويتأثر بها باعتبار الحقوق تقررت لمصلحة الجماعة لا لمصلحة الفرد ليقضي بذلك على كيان وشخصية الفرد، فالتشريع الإسلامي بعيد كل البعد عن هذا التطرف، وإنما أقر كلا المصلحتين الفردية والعامة ووائم بينهما بمقتضى العدل والحكمة عند تعارضهما، وكل هذا أساسه ومرده أن الحق في الفقه منشؤه خطاب الله كمنحة قصد تحقيق غاية هي المصلحة[22]، سواء كانت مصلحة

---

[19] سورة المائدة الآية2.
[20] أنظر: د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص74.
[21] محمد سلام مدكور، مرجع سابق، ص421.
[22] أنظر: د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص70.

خاصة تعود على الفرد في حد ذاته أو مصلحة عامة، لذا فإن الحق في الفقه الإسلامي بحسب من يتعلق به والمصلحة المقصودة من ورائه على قسمين نوجز الحديث عليهما فيما يلي:

- **أقسام الحق:**

يقسم الفقهاء الحق باعتبار من يضاف إليه أو باعتبار صاحب الحق، إلى حق الله وحق العبد، وفرعوا منها قسمين آخرين هما: ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب،أو حق العبد غالب، وبناءًا عليه يمكن القول أن الحق في الفقه الإسلامي أقسام ثلاثة: ما كان حقا لله، وما كان للفرد، وما اجتمع فيه الحقان وظهر فيه أحدهما أكثر من الآخر، وسنتعرض بإيجاز إلى هذه الأقسام.

أ) **حق الله:** وهو كل حق تعلق به النفع العـام دون مراعاة أفراد[23]، وهو ما قُصـد به التقرب

إلى الله تعالى وإقامة شعائر دينه[24]، وينسب إلى الله قصد إعلاء شأنه وتعظيمه وحمل الناس على الحرص عليه وعدم إهماله والتفريط فيه. وقد قسموا حقوق الله في أنواع ثمانية: عبادات خالصة كالإيمان، وعقوبات خالصة كالحدود، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث، وحقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر، ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر، ومؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج، وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم[25].

---

[23] محمد سلام مدكور، مرجع سابق، ص224. ود. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج1، ص47.

[24] د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط1، 1991م، ص13.

[25] د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص47، نقلا عن: التلويح والتوضيح.

ب) **حق العبد:** وهو ما تتعلق به مصلحة خاصة دنيوية[26]، فهو متعلق بالأفراد وليس المراد به النظام العام، كحرمة مال الغير وكحق الدية، وبدل المتلفات، وحق المشتري في تملك المبيع، وحق البائع في تملك الثمن، وحق الشفعة، وحق الزوجة في النفقة الواجبة على زوجها[27].

فمن هذين التعريفين لحق الله وحق العبد يظهر أن ضابط التفريق بينهما هو الإسقاط وهو ما ذكره الإمام القرافي[28] بقوله: "فكل ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد، وكل ما ليس له إسقاطه فهو الذي نعني بأنه حق الله تعالى"[29].

غير أن هذا الضابط في التفريق بينهما لا يمكن دائما تطبيقه، إذ هناك من الحقوق ما هي مشروعة لمصلحة العبد خاصة ولكن ليس له إسقاطها، وهذا لإعتبارها من حقوق الله كالربا والغرر والسرقة فقد حرمت صونا لمال العبد وحرم الزنا صونا لنسبه، والقذف صونا لعرضه، والقتل والجرح صونا لمهجته وأعضائه بقول الإمام القرافي في هذا: "ولو رضي العبد بإسقاط حقه من ذلك لم يعتبر رضاه ولم ينفذ إسقاطه، فهذه كلها وما يلحق من نظائرها مما هو مشتمل على مصالح العباد حق الله تعالى لأنها لا تسقط بالإسقاط وهي مشتملة على حقوق العباد لما فيها من مصالحهم ودرء مفاسدهم وأكثر الشريعة من هذا النوع"[30].

ج) **حقوق مشتركة بين الله والعبد وحق الله غالب:** وهذا كحد القذف، فإنه ومن حيث العلة التي من أجلها شرع نجدها تدل على أن فيه حق الله تعالى،

---

[26] محمد سلام مدكور، مرجع سابق، ص224. ود. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص14.

[27] د. عبد الودود محمد السريتي، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، مرجع سابق، ص187.

[28] **القرافي**: هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان بن عبد الله الصنهاجي المصري المالكي المشهور بالقرافي ولد بمصر سنة (626هـ) ودفن بها سنة (684هـ) من أئمة المجتهدين في المذهب المالكي، برع في علم الأصول والعلوم العقلية، تتلمذ على يد الشيخ العز بن عبد السلام، له مؤلفات جد كثيرة منها: "الذخيرة"، "الفروق"، "شرح تنقيح الفصول"، و"العقد المنظوم في الخصوص والعموم"، أنظر تمام ترجمته: محمد مخلوف، مرجع سابق، ج1، ص188. وأنظر: الزركلي، مرجع سابق، ج7، ص286.

[29] الفروق، القرافي، بيروت، دار المعرفة، ج1،ص140.

[30] المرجع نفسه، ج1، ص141.

وهو تطهير المجتمع من هذه الجريمة مما يعود بالمنفعة لعموم الناس، كما فيه حق العبد لما فيه من صون لعرضه من الهتك. ولكن غلب فيه حق الله تعالى لتناوله للنفع العام، وهو أكثر خطرا من النفع الخاص[31].

د) **حقوق مشتركة** بين الله **والعبد وحق العبد غالب**: وهذا كما في حق القصاص فإن فيه حقا لله تعالى زجرا للجاني، وحفظًا للمجتمع من شر تفشي الإجرام بالاعتداء على النفس والأطراف، كما قال الله تعالى:[**ولكم** في **القصاص حياة يا أولي الألباب**][32]، غير أن فيه أيضا حقا للعبد و المتمثل في العقوبة بالمثل كما جاء في قوله تعالى: [**وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص**][33]، فدعوى المماثلة في الجزاء والعقوبة ومشروعيتها معناها رجحان حق العبد[34]، لذلك فإن لأولياء الدم عليه في المطالبة بالقصاص أو العفو بدون عوض، أو الإنتقال من القصاص إلى الدية لما جاء في قوله تعالى: [**فمن عفي له من أخيه شيء فاتّباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان**][35].

- أقسام الحق عند الإمام الشاطبي:

تناول الإمام الشاطبي رحمه الله تقسيم الحق، وقسمه بدوره إلى قسمين: حق الله وحق العبد، غير أنه وضع معيارا آخر اعتمد عليه في تعريفه لهما يختلف عن المعيار الذي ذكرناه عند غيره من العلماء حيث اعتمدوا في تعريفهم لكلا الحقين

---

[31] د. عبد الودود محمد السريتي، مرجع سابق، ص188.
[32] سورة البقرة الآية 179.
[33] سورة المائدة الآية 45.
[34] د. عبد الودود محمد السريتي، مرجع سابق، ص189.
[35] سورة البقرة الآية 178.

على معيار المصلحة وهو معيار غير دقيق وغير ثابت مما أدى إلى بقاء حقوق لم تدخل في أي من هذه الأقسام.

فيعرف حق الله بكونه كل حق لا يجوز إسقاطه أو التنازل عنه، كالتزام حدود الله[36] فقد نهى الله عز وجل عن الربا، وفرض العدة على المتوفي عنها زوجها، واشترط الصداق، وحرم بعض المأكولات، ونهانا عن أكل ما لم يذكى إلى غير ذلك من الأحكام مما لا يجوز لأي كان إسقاطها. وعليه فإن معيار تحديد حق الله هو الجواز وعدمه، وهو معيار يظهر أنه أدق من معيار المصلحة أو النفع العام، وذلك لأن العمل به يوسع من حق الله بحيث يشمل بقية التكاليف الشرعية مما لم يستوعبها التقسيم السابق.

أما حق العبد فيراه بأنه كل حق جعل للعبد خيرة فيه، غير أنه لا يتمتع بحرية مطلقة في التصرف في حقوقه بل ملزم بمراعاة الشرع في ذلك، وقد عبر عن هذا بقوله: "فلأجل هذا لا يعترض أن يقال مثلاً: إن حق العبد ثابت له في حياته وكمال جسمه وعقله وبقاء ماله في يده فإذا سقط ذلك بأن سلط يد الغير عليه فإما أن يقال بجواز ذلك له أولاً، فإن قلت لا وهو النقض كان نقضا لما أصلت، لأنه حقه فإذا أسقطه اقتضى ما تقدم أنه مخير في إسقاطه والفقه يقتضي أنه ليس له ذلك، وإن قلت نعم خالفت الشرع إذ ليس لأحد أن يقتل نفسه، ولا أن يفوت عضوا من أعضائه ولا مالا من ماله، فقد قال الله تعالى: [**ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيمـاً**][37]، ثم توعد عليه وقال : [**ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل**][38] وقد جاء الوعيد الشديد في من قتل نفسه وحرم شرب الخمر لما فيه من تفويت مصلحة العقل برهة...فهذا كله دليل على أن ما هو حق للعبد لا يلزم أن يكون له فيه الخيرة. لأنا نجيب بأن إحياء النفوس وكمال العقول والأجسام من حق

---

[36] الشاطبي، مرجع سابق، ج2، ص315.
[37] سورة النسآء الآية29.
[38] سورة البقرة الآية188.

الله تعالى في العباد لا من حق العباد وكون ذلك لم يجعل إلى اختيارهم هو الدليل على ذلك"[39].

أي أن معيار ضبط حقوق العبد هو مبدأ الخيرة في التصرف في الحق المشروع له بإسقاطه والتنازل عنه، غير أنه لابد من تحديد مفهوم الإسقاط، لأنه إن كان مفهومه تنازل العبد عن الحق الثابت له في الحكم مع إقراره والتسليم بمشروعيته كمن عزفت نفسه عن التمتع بالملذات مع إقراره وتسليمه بمبدأ مشروعيته، فإن هذا إسقاطًا لا يدل حقيقة على أن هذا الحكم عائد إلى حق العبد وحده، ولأنه ليس إسقاطًا في حقيقته بل استعمال للحكم الشرعي بكافة وجوهه.

أما إن كان مفهوم الإسقاط ترك ونسخ حكم الله بما يلتزمه من نفسه نقيض ذلك كمن يحرم على نفسه ما أحل الله من الطيبات، فإنه إسقاط محرم غير جائز لأنه في حقيقته ليس إلا معاندة لحق الله في التشريع لعباده، وفي هذا قال الله تعالى: [**قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده والطـّيبات من الرّزق**][40] وما ثبت من موقف رسول الله ρ من الرهط الثلاثة الذين ألزموا أنفسهم أحكاما غير التي أُمروا بها حيث أنكر الرسول ρ إسقاطهم لما شرع الله من أحكام بالتزامهم خلافه وتعهدهم بفعل ما يناقضه[41]. وعليه فإن معنى الإسقاط منحصر فيه وهو ممنوع شرعا، وعليه يمكننا القول بأن إطلاق لفظ الإسقاط للعبد حقه هو معنى مجازي، مما يشكل تداخلا كبيرا بين دائرتي حقوق العبد وحقوق الله، مما يجعل إذًا تقسيم الفقهاء للحقوق إلى حقوق الله وحقوق العباد، يحمل على محمل التجوز والتغليب

---

[39] الشاطبي، مرجع سابق، ج2، ص376.

[40] سورة الأعراف الآية32.

[41] الحديث من طريق أنس بن مالك رضي الله عنه حيث قال: "جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي ρ ، فلما أخبروا كأنهم تقالوها، فقالوا: وأين نحن من النبي ρ، قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، قال أحدهم: أما أنا فأصلي الليل أبدًا. وقال الآخر أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدًا. فجاء رسول الله ρ فقال: أنتم الذين قلتم كذا وكذا، أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، ولكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني ". ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، حديث رقم5063، دار الفكر، ج9، ص104.

فقط، فلا مبرر له، وهذا ما أوضحه الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي[42] على اعتبار أن جميع الأحكام – من حيث ضرورة استسلام العباد لها وارتباطها بالجزاء الأخروي – قائمة على أساس حق الله تعالى في أن يلزم الناس موقف العبودية له بوصفه مالكهم وخالقهم، وفي الوقت نفسه متضمنة حقوقا للعباد، على تفاوت في مدى ظهور هذه الحقوق واختلافٍ في تعلقها بالدنيا والآخرة.

ويؤكد هذا الإمام القرافي بقوله: "لا يوجد حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى"[43].

وذات المعنى انتهى إليه الإمام الشاطبي بعد تقسيمه الحقوق: "أن هذا القسم الواحد هو المنقسم لأن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقا له بإثبات الشرع ذلك له، لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل...فأما ما هو لله صرفا فلا مقال فيه للعبد، وأما ما هو للعبد فللعبد الإختيار من حيث جعل الله له ذلك لا من جهة أنه مستقل بالإختيار[44]، وهنا يمكن القول، أنه ما دام حق الله يعتبر أساس بناء الأحكام بما في ذلك حق العباد واعتمادا على معيار الجواز وعدمه – أي الحلال والحرام – في ضبط حقوق الله عز وجل كما وضعه الإمام الشاطبي، فإن ما نحى إليه بعض المتأخرين من اعتبار حقوق الله من النظام العام بالتعبير القانوني هو قول محل نظر باعتبار ثبوت حقوق الله عز وجل. أما فكرة النظام العام فهي فكرة واسعة ومرنة يختلف مفهومها من مجتمع لآخر بل ويختلف في التمع الواحد من زمن إلى زمن، ويتحدد مفهومه في ضوء ما هو قائم في التمع من نظام سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي وفي ضوء الفلسفة ونوع الأفكار السائدة[45].

- ثانيًا: منشأ فكرة الحق في القانون الوضعي:

---

[42] أنظر تعليقه على تقسيم الحقوق : ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة والنشر، ص49إلى52.

[43] الفروق، ج1، ص141.

[44] الموافقات، ج2، ص377-378.

[45] د. عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1سنة2000، ص55.

أسلفنا القول أن فكرة الحق ترتبط بوجود الإنسان ونشوء التمع، إذ التمع سبب وجود الحق، لأن الإجتماع يولد علاقات بين الأفراد بدافع المصلحة، والتي قد تتعارض وتتضارب فيما بينها مما كان سببا في ظهور الحق، لذا كان لزاما من وجود تشريع وقانون مهما كان مصدره ومستمده لتنظيم الحقوق داخل التمع وتنسيق روابط أفراده، لهذا فإن الصلة بين الحق والقانون تعتبر صلة وثيقة، باعتبار أن القانون في مجموع قواعده لم يكن إلا لتنظيم سلوك الأفراد في التمع، بقصد إقامة نظام مستتب فيه، فهو يحدد سلوك كل فرد إزاء سائر الأفراد، وسيلته في هذا هو فرض واجبات على البعض منهم تقابله حقوق لبعض الآخر، كل ذلك لإيجاد وخلق توازن بين المصالح المتعارضة في روابط الأفراد[46].

وعليه فمهمة القانون لا تكمن في خلق الحقوق وإنشائها وإنما في الكشف عنها وتنظيمها، وذلك ليتمكن صاحب الحق من معرفة حقه ومعرفة حدوده ومشروعية استعماله، حتى لا يتجاوزها، ومن هنا يعتبر الحق والقانون، في صلتهما ببعض كوجهان لعدسة واحدة يرى من كل جهة فيها الجانب الآخر، فإن تكلمنا عن الحقوق لزم الكلام عن القانون الذي ينظمها، وإذا ما تحدثنا عن القانون وجدنا الغاية منه هي تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم عند استعمال حقوقهم حتى لا تتضارب مصالحهم. لذا عد الحق عاملا أساسيا في نشأة وتبلور علم القانون، وبناءًا على ذلك فإن تطور فكرة الحق وتبلورها واتضاح مفهومها ارتبطت بمراحل تاريخ فلسفة القانون منذ العصور القديمة إلى عصرنا الحالي[47].

وتأسيسا على ما سبق ذكره فإنه ونظرا للعلاقة الوثيقة المتبادلة بين الحق والقانون، فقد أثّر هذا الإرتباط بينهما على فقهاء القانون في تحديد منشأ الحق، واختلفوا فيه اختلافًا متباينا في كون الحق أساس القانون أم القانون أساس الحق،

---

[46] د. عبد المنعم البدرواي، المدخل للعلوم القانونية، بيروت، دار النهضة العربية، 1996، ص431.

[47] أنظر في تاريخ نشأة فكرة الحق: د. عبد الهادي يونس العطائي، ماهية الحق في القانون الخاص، مرجع سابق، ص697 إلى 711.

وهذا بحسب النزعة التي ينزع إليها كل فقيه بناء على فلسفة مذهبه، وعليه فقد تجاذب فكرة نشأة الحق في القانون مذهبان مختلفان، المذهب الفردي والمذهب الإجتماعي[48].

1. **فكرة الحق في المذهب الفردي:**

يقوم هذا المذهب على تقديس الفرد باعتباره غاية في ذاته، والإعتراف بحقوقه، إلى حد التغاضي عن حقوق الجماعة وصالحها. فالفرد في ظل هذا المذهب هو هدف القانون الأسمى[49]، غير أنه لا ينظر إلى الفرد – انطلاقا من نزعته الفردية – باعتباره إنسانا يعيش منعزلاً عن التمع وإنما يقر حقيقة تواجده داخل مجتمع بحكم ضرورة الإجتماع، إلا أنه يراه في التمع مركز الدائرة التي يدور حولها القانون الذي جاء لتنظيم هذا التمع، فلا يجوز إغفاله ولا إغفال مصالحه الخاصة بحجة رعاية مصالح التمع. فالتمع وجد لخدمة الفرد وليس العكس، وشعارهم أن الفرد لم يخلق للمجتمع، ولكن التمع وجد للفرد[50]، وعليه فإن أنصار هذا المذهب ينظرون إلى القانون أنه تأسس على أساس من نظرية الحقوق الطبيعية، فيرون أن للفرد حقوقًا تفرضها الطبيعة مستمدة من كونه إنسانا فتولد معه – وأولها الحرية – لذلك فإنه يكتسب امتيازات طبيعية مطلقة وسابقة في وجودها على القانون والجماعة لأنها تستند إلى الحالة الطبيعية، فليس القانون هو أساس الحق بل الحق هو أساس القانون[51]. لذا فإن وظيفة القانون والجماعة والدولة في هذا المذهب هو حماية هذا الحق وتمكين أصحابه من التمتع به وضمان حريته وتنشيط مواهبه.

---

[48] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، 1974م، ص421.

[49] محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1980، ص11.

[50] د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص19.

[51] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص40.

- نقد وتقدير المذهب الفردي:

إن أول المآخذ التي تؤخذ على المذهب الفردي وتتجلى هي مغالاته في تأكيده على مصالح الفرد الخاصة، وعدم إلتفاته إلى مصلحة التمع، حتى كأن الفرد لا يعيش فيه ولا ينتفع بهذا العيش[52]. وعدم مراعاة هذا المذهب للمصلحة العامة سببه يعود إلى إفتراضه الخاطئ والذي مؤداه أن الصالح العام أو المصلحة العامة ليست إلا محصلة المصالح الفردية، أو بتعبير آخر أن الصالح العام أو المصلحة العامة تعتبر كنتيجة تلقائية لرعاية المصالح الفردية المختلفة[53].

غير أن هذا لا يعتبر صحيحا، إذ أن هناك مصالح عامة للمجتمع لا يفكر الأفراد في القيام بها وإذا ما هم قاموا بها، فإنهم لا يولونها ما تستحق من الرعاية والإهتمام كمرفق التعليم ومرفق الصحة والإحسان العام، ولئن قاموا على هذه المرافق فإن همهم ينصب على ما يحقق من الربح من ورائها ولو على حساب متطلبات هذه المرافق بدافع الأثرة والأنانية[54].

كما يؤخذ عنه إلى جانب ما ذكر مغالاته في نظرته إلى الحرية الفردية بتقديسها ومنع أي مساس بها، وكل هذا بدعوى أنها حقوق طبيعية للإنسان إكتسبها بكونه إنسانا، ولدت معه منذ النشأة الأولى، غير أن هذه نظرة مثالية لا وجود لها في الواقع لكونها لا تصلح إلا إذا إعتبرنا الإنسان كائن وجد ليعيش منعزلاً، وهذا مما لا يتصور، لأن الإنسان لم يوجد إلا في وسط إجتماعي، بل لا قِبل له في العيش إلا في جماعة، ولأن الكلام عن فكرة الحقوق يستدعي أيضا وجود روابط اجتماعية بين الأفراد، وهذا ما يستلزم بالضرورة أن يكون صاحب الحقوق كائنا إجتماعيا غير منعزل لذاته، مما يستدعي مراعاة شؤون ومصالح التمع الذي

---

[52] د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص21.

[53] د. عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص37.

[54] د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص21. وأنظر: د. محمد عبيد الكبيسي، مرجع سابق، ص276.

يعيش فيه، وهو ما عجزت النظرية الفردية عن تفسيره وتحديد مداه[55]، وبذلك يتهافت المذهب الفردي من أساسه لأنه انبنى على فكرة تتعلق بشيء لا يتصور وجوده في الواقع، وهو الإنسان الفطري المنعزل الذي لا يعيش إلا لذاته.

2. فكرة الحق في مذهب التضامن الإجتماعي:

وهو مذهب يقوم على نقيض ما قام عليه المذهب الفردي، حيث يقوم هذا المذهب على أساس تقديس الجماعة وتغليب صالحها على الصالح الخاص، فالجماعة في نظر هذا المذهب هي الهدف الأسمى من هذا الوجود[56]، لذا فهو ينظر للإنسان باعتباره كائنا اجتماعيا مرتبطًا بغيره من الناس داخل التمع ومتضامنا معهم في سبيل تحقيق مصلحة الجماعة التي تضمهم، فهو لا ينظر إلى الإنسان كفرد منعزل مستقل عن الجماعة التي يعيش فيها، وإنما هو عنصر من عناصرها[57]. وعليه فإن الجماعة أو التمع هي محل نظر القانون جاء لرعاية وحماية مصالحها. وعليه فإن القانون يعتبر كظاهرة إجتماعية يقوم على أساس عملي واقعي مشتق من التجربة والمشاهدة، وليس مشتقًا من فكرة فلسفية تجعل الفرد كائنا يوجد من نشأته الأولى مزودا بحقوق طبيعية مستمدة من ذاته سابقة في وجودها على القانون والجماعة[58]، وهذا لأن الإنسان لا يملك إلا أن يعيش في وسط اجتماعي متضامنا مع أفراد مجتمعه في تحقيق متطلبات حياته لأن الجماعة ما هي إلا أفراد عند تجزئتها، وكل فرد هو جزء من هذه الجماعة وليس مجرد إنسان مستقل عن غيره وإنما ينظر إليه على كونه كائنا إجتماعيا.

وبناءًا على هذا فإن فكرة الحق - بموجب هذه النزعة الجماعية – تقوم على أساس أن الإنسان كائن اجتماعي لا يمكنه العيش إلا في جماعة، والجماعة لا يمكن

---

[55] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص43.
[56] د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص11.
[57] د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص22-23.
[58] د. عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص36.

أن تحيا إلا بالتضامن الاجتماعي، وأن هذا التضامن الاجتماعي لا بد لتحقيقه من قواعد تنظم سلوك الأفراد وفقه، وعليه فإن التضامن الاجتماعي أو مصلحة الجماعة هي أساس القانون، والفرد مسخر لخدمة مصالحها[59]. فالجماعة هي صاحبة الحق وهي التي تمنحه للفرد ليؤدي المهمة الاجتماعية الملقاة على عاتقه، فهو لم يمنح حقًا إلا ليؤدي واجبا، وبالتالي لا يعتبر الحق وفق هذه النزعة ميزة طبيعية للإنسان يتصرف بها وفق رغباته، وإنما سلطة أو مكانة منحتها الجماعة للفرد الاجتماعي[60]. لذا فإن وظيفة القانون من هذا المنظور وظيفة اجتماعية دورها توجيه الأفراد في نشاطاتهم داخل الجماعة وضبطها بما يحقق غاية مشتركة هي مصلحة الجماعة.

- نقد وتقدير مذهب التضامن الإجتماعي:

إن كان لا ينكر لهذا المذهب فضله في الكشف عن عيوب وخيالية المذهب الفردي، وغلوه في تقديس الفرد ومصالحه، فإنه حينما أتى لتصحيح تلك العيوب أخطأ السبيل وحاد عن الصواب، إذ وقع فيما وقع فيه المذهب الفردي من تطرف ومغالاة ولكن للجماعة، فقد بالغ في تقييد الحقوق والحريات حتى قضى على شخصية الفرد، والذي أضحى - في اعتبار هذه النزعة - مجرد عنصر تكوين مسخرا لخدمة الجماعة، لا شخصا حرا مستقلاً مسؤولاً له ذاتيته العاملة[61]، بما يهدر حرية الفرد، ويشدد قبضة الدولة على نشاطه تشديدا لا تقتضيه كثيرا من الأحيان مصلحة الجماعة مما يؤدي إلى الإستبداد في الحكم، وسلب الأفراد ما يجب أن يتمتعوا به من حرية لا تتناقض مع مصلحة الجماعة[62]، بل قد تخدمها، مما يمكننا القول أن نظرية التضامن الاجتماعي وإن تحاشت إباحة تعسف الفرد في استعمال حقوقه بموجب مطلق حريته بما قد يضر بالغير وبالأخص الجماعة، فإنها شرعت

---

[59] د. محمد عبيد الكبيسي، مرجع سابق، ص276.
[60] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص45.
[61] د. محمد عبيد الكبيسي، مرجع سابق، ص277.
[62] د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص25.

انطلاقا من - عدائها لفكرة تقديس الفرد - التعسف في استعمال حق الجماعة ولو أدى إلى الإضرار بالفرد بإهدار حقوقه جميعا.

كما يؤخذ على هذا المذهب أنه لا يقيم وزنا للمثل العليا التي تتفق وأصول التعقل الإنساني والفطرة، وذلك بنظرتها إلى أن القانون مشتق من أمور واقعية يسجلها، وسبيله في ذلك المشاهدة والتجربة، قياسا على العلوم الطبيعية التقريرية[63] ليجمع بذلك بين أمرين مختلفين طبيعة وغاية، وذلك لأن القانون بحكم الظواهر الإرادية التي تتجه نحو غاية معينة، ويمكن أن تختلف الإرادة عند الغاية، فيأتي دور القانون في تقويم هذه الإرادة ليتجه نحو الغاية المرسومة. وعليه فالقانون يعد علما تقويميا لا تقريريا، ينتقل فيه العقل بالضرورة من دائرة الواقع إلى دائرة الواجب مسترجيا في ذلك مبادئ العدل المثالية[64].

3. النظرة الحديثة لفكرة الحق:

من كل ما ذكر يتضح لنا ويبرز تأرجح فكرة الحق في نشأتها بين الإتجاهين الفردي والاجتماعي الناجم عن تباين نظرتهما للقانون ودوره، باعتبار الرابطة الوثيقة بين الحق والقانون، وعليه يمكن القول أن هذا الخلاف بين هاتين النزعتين قد أثبتتا أن القانون كائن حي يتأثر ويتغير باعتباره يجسد أهداف وفلسفة كل نظام سياسي عند صياغته[65]، ومنه كان اختلاف النظم القانونية باختلاف النظم

---

[63] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص51. ود. محمد عبيد الكبيسي، مرجع سابق، ص277.

[64] د. حسن كيرة، أصول القانون، منشأة المعارف،1960، ص162 وما بعدها.

[65] د. القطب محمد القطب طبلية، الإسلام وحقوق الإنسان - دراسة مقارنة -، دار الفكر العربي، ط3، 1984، ص56.

السياسية، وعليه نلحظ الإختلاف في النظرة إلى الحقوق ومفهومها توسيعا وتضييقًا باختلاف النظم السائدة في كل زمان ومكان. ولكن وإن اختلفت النظم في نظرتها إلى الحق فإنه مما نستنتجه أيضا أن الحق لابد له من قانون حتى يحترم، لتتحقق إنسانية الإنسان, ولكن في ظل مجتمع لابد أي يعيش فيه، وهذه هي المعادلة الصعبة التي يسعى القانون إلى تحقيقها في ظل تضارب المصالح، وخصوصا أن كلا النزعتين قد أثبتتا تطرفًا في نظرتهما، وهذا ما حدا بالإتجاه القانوني اليوم إلى انتهاج نظام يجمع بين المذهبين الفردي و الاجتماعي تحقيقًا وحفظًا لمصالح الأفراد الخاصة ولمصالح الجماعة العامة في ذات الوقت، حيث نجد تغيرا للمفاهيم السابقة التي على أساسها تتحدد فكرة الحق، منها مفهوم العقد الاجتماعي الذي لم يعد ينظر إليه على اعتباره عاملاً في تكوين الدولة لذاتها، بقدر ما هو أساسي لاعترافها بالحرية والمساواة وضمان الحقوق الطبيعية للأفراد، أي أن هذه الحقوق الطبيعية للإنسان - التي بنى عليها المذهب الفردي فكرته - تعود إليه كاملة بنشوء الجماعة أو الدولة بحمايتها له[66]، ولكن بمفهوم جديد لها هي الحقوق المدنية[67].

المطلب الثاني

تعريف الحق ومفهومه

[66] وهذا التغيير في المفاهيم للحق وارتباطه بالقانون كان من أسباب ظهور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة1948، كضابط لحدود حقوق الفرد كإنسان أمام الجماعة أو الدولة. أنظر: د. عبد الهادي يونس العطائي، ماهية الحق في القانون الخاص، مجلة الاقتصاد، العدد4، السنة33، ص46.

[67] **الحقوق المدنية**: هي ما ثبت للشخص باعتباره عضوًا في الجماعة لكي يتمكن أن يعيش في جو من الحرية والأمن بما لا يتعارض مع مصلحة الجماعة وغيره من الأفراد، وهي حقوق غير مالية تشمل الحقوق اللصيقة بالشخصية، وحقوق الأسرة. د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص17. وأنظر في تقسيمات الحق: محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية الحق. ود. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط. ود. شمس الدين الوكيل، محاضرات في النظرية العامة للحق، وغيرهم.

بعد أن خلصنا إلى أن فكرة الحق قد أصبحت من المسلمات لدى فقهاء التشريع، نتناول في هذا المطلب الحق في حد ذاته تعريفًا وبيانا، لدى فقهاء الإسلام، وفقهاء القانون الوضعي.

- أولاً: الحق لغةً:

تستعمل كلمة الحق في اللغة للدلالة على عدة معاني منها: الثابت واللازم والواجب، نقيض الباطل، الموجود الثابت الذي لا يسوغ إنكاره[68].

وجاء في أساس البلاغة: مادة (ح ق ق): أنه يقال حق الله الأمر حقًا أثبته وأوجبه[69]. وجاء في القاموس المحيط: أن مما يطلق عليه الحق المال والملك والموجود الثابت[70]. والحق أيضا خلاف الباطل وهو مصدر حق الشيء إذا وجب وثبت[71].

وقد جاء لفظ الحق في القرآن الكريم بهذه المعاني منها:

قوله تعالى: [**قال الذين حق عليهم القول ربنا هؤلآء الذين أغوينآ**][72] قال الإمام الزمخشري[73] في تفسيرها: "أي وجب عليه مقتضاه وثبت"[74]، وقال الإمام

---

[68] ابن منظور، لسان العرب، إعداد يوسف خياط، بيروت، دار الجيل، دار لسان العرب، 1988، ج1، ص680 وما بعدها.

[69] الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، بيروت، دار الكتب العلمية، 1989، ج1، ص203.

[70] الفيروز أبادي، القاموس المحيط، بيروت، مؤسسة الرسالة،ط6، 1998، ص874.

[71] الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الملكية العامة، ج1، ص197.

[72] سورة القصص الآية63.

[73] **الزمخشري**: هو أبو القاسم محمود أبو عمر الخوارزمي الزمخشري الإمام الكبير في التفسير والحديث والنحو واللغة وعلم البيان، ولد سنة (467هـ) بزمخشر وتوفي سنة (538هـ)، تصانيفه بديعة منها: "الكتاب في تفسير القرآن الكريم"، و"المحاجاة بالمسائل النحوية"، "الفائق في تفسير الحديث"، و"أساس البلاغة"، أنظر في ترجمته: ابن خلكان ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق د. احسان عباس، بيروت، دار الثقافة، ج5، ص168. وأنظر: شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1984، ج20، ص151.

[74] الزمخشري، الكشاف، بيروت، دار الفكر، ج3، ص187.

الطبري[75]: "بمعنى قال الذين وجب عليهم غضب الله ولعنته وهم الشياطين الذين كانوا يغرون بني آدم"[76].

وقال سبحانه أيضا: [**لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يومنون**][77] قال القرطبي[78] في تفسيرها: "أي أوجب العذاب على أكثرهم"[79]، أي وجب الحكم بالعذاب على أكثر أهل مكة وهم من مات على الكفر وأصر عليه[80].

وقال عز وجل أيضا: [**أفمن حق عليه كلمة العذاب**][81] ومعناها كما ذهب إليه الإمام الطبري أفمن وجبت عليه كلمة العذاب في سابق علم ربك يا محمد يكفر به[82].

- ثانيًا: الحق في اصطلاح الفقهاء:

يذهب الكثير أن الفقهاء قديما لم يعنوا بتعريف محدد للحق بالرغم من استعمالاتهم الكثيرة

للفظ الحق مكتفين بذلك بمعناه اللغوي، فأطلقوه على ما هو ثابت ثبوتا شرعيا، أي ثابت بحكم الشرع وإقراره وكان له بسبب ذلك حمايته[83]، فلم يصنعوا له

---

[75] **الطبري**: هو أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري، ولد بآمل طبرستان سنة (224هـ) وتوفي سنة (310هـ) كان إماما في فنون كثيرة منها التفسير والحديث والفقه والتاريخ، له مصنفات كثيرة منها: "جامع البيان في تفسير القرآن". أنظر في ترجمته: وفيات الأعيان، ج4، ص191. وأنظر: عادل النويهضي، معجم المفسرين من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر، مؤسسة نويهض الثقافية، ط1، 1983، ج1، ص318.

[76] الطبري، تفسير الطبري. تحقيق: د. بشار عواد معروف، وعصام فارس الحرشاني، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1994، ج6، ص40.

[77] سورة يس الآية 7.

[78] **القرطبي**: هو محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي الأندلسي أبو عبد الله القرطبي، من كبار المفسرين، متفنن متبحر في العلم لم يذكر تاريخ ميلاده توفي سنة (671هـ)، له تصانيف كثيرة أشهرها: "الجامع لأحكام القرآن". أنظر في ترجمته: شذرات الذهب، ج4، ص335. وأنظر: معجم المفسرين، ج2، ص479.

[79] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج15، ص7.

[80] د. وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دمشق، دار الفكر، ط1، 1991، ج22، ص294.

[81] سورة الزمر الآية19.

[82] تفسير الطبري، ج6، ص377.

تعريفًا دقيقًا لأنه كان لا يحتاج إلى تعريف[84]. غير أنهم وإن لم يضعوا له تعريفًا دقيقًا واضحا فإنهم كانوا يطلقونه على معاني كثيرة مختلفة، فتارة يستعملون كلمة الحق إستعمالاً عاما شاملا لكل حق من الحقوق، فتجدهم يطلقون الحق على كل عين أو مصلحة تكون للشخص بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها أو منعها عن غيره أو بذلها لها في بعض الأحيان أو التنازل عنها. وتارة يستعملون كلمة الحق استعمالا خاصا ويقصرونها على المصلحة الإعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار إيجاب الشارع لها كحق الشفعة وحق الخيار في البيع، وحق الدائن قِبل المدين وحق الطلاق وحق القصاص لصاحب الدم، وحق الولاية، وما شابه ذلك من الأمور الاعتبارية[85].

كما أطلقوه على مرافق العقار كحق الشرب والمسيل لما فيها من معنى الاختصاص[86].

ويطلقون الحق أيضا في حالات أخرى على ما ينشأ عن العقد من التزامات، غير الإلتزام الذي يعتبر حكم العقد، فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع، وحقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن[87]. وعليه يظهر من خلال هذه الإستعمالات لكلمة الحق أنها تدور حول المعنى اللغوي للكلمة المراد به الثبوت، أي ما أثبته الشرع بحكم شرعي.

- ثالثا: الحق في اصطلاح علماء أصول الفقه:

---

[83] د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص296. وبنفس المعنى: محمد سلام مدكور، مرجع سابق، ص420.

[84] علي الخفيف، الحق والذمة، القاهرة، مكتبة وهبة، 1945، ص36.

[85] د. عبد الهادي بوطالب، مفهوم الحق في الإسلام، مجلة الأكاديمية، العدد6، ديسمبر1989م، الرباط، الهلال العربية للطباعة والنشر، ص170.

[86] علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية، بيروت، دار النهضة العربية، 1990، ص9.

[87] د. السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص9.

بناءًا على أن الحق في الفقه مبناه ومستمده الحكم الشرعي الذي هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء أو التخيير أو الوضع[88]، فقد عني علماء أصول الفقه بتقسيمات الحق، حيث قسموه بحسب المقصود من أفعال المكلفين التي تعلق بها خطاب الله إلى قسمين رئيسيين هما حق الله وهو ما تعلق به النفع العام أي المصلحة العامة فلا يختص به أحد، وحق العبد وهو ما تعلق به مصلحة خاصة غير أنهم لم يذكروا تعريفًا محددا للحق، ولم يخرجوا عن معناه اللغوي، أي الموجود الثابت، على اعتبار أن الحق ثابت بطريق الحكم.

أما اعتبار الحق ذات الحكم كما ذهب إليه الإمام القرافي في تعريف حق الله بأنه هو أمره ونهيه[89]، أي أن الحق هو ذاته الخطاب، فاعتبار وتعريف غير دقيق، لأن الحق هو الأثر المترتب على الخطاب والثابت به، وعليه يمكن القول أن علاقة الحق بالخطاب علاقة المسبب بالسبب[90]. وقد رد على هذا التعريف الفقيه الإمام ابن الشاط[91] مبينا أن الحق معناه اللازم له على عباده واللازم على العباد لابد أن يكون مكتسبا ولا يصح أن يتعلق كسب بأوامر الله ونواهيه، لأن كسب العبد أمر حادث، وأوامر الله ونواهيه هي فحوى ومدلول كلامه القديم في الأزل سبحانه وتعالى[92].

- رابعًا: الحق في اصطلاح الفقهاء المعاصرين:

درج بعض الفقهاء المعاصرين مدرج فقهاء القانون في ضبط تعريف دقيق للحق، لا يقتصر معناه على المعنى اللغوي ويحدد المعنى المراد من استعمالات الفقهاء

---

[88] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الجزائر، الزهراء للنشر والتوزيع، ط1، 1990، ص100.

[89] القرافي، الفروق، ج1، ص140.

[90] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص187.

[91] **ابن الشاط**: هو قاسم بن عبد الله بن محمد الشاط المكنى بأبي القاسم، الفقيه المالكي النظار الأصولي (643هـ)، من مؤلفاته: "أنواء البروق في تعقب مسائل القواعد والفروق في الأصول:، و"غنية الرائض في علم الفرائض"، أنظر في ترجمته: شجرة النور الزكية، ص217. وأصول الفقه تاريخه ورجاله، ص298.

[92] ابن الشاط، أدرار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع على هامش الفروق، ج1، ص142.

القدامى لكلمة الحق، فظهرت تعريفات مختلفة تعرضت للنقد بحسب شمول التعريف أو قصوره في الإحاطة بجميع جوانب الحق منها:

- أن الحق مصلحة مستحقة شرعا[93].
- الحق مصلحة ثابتة للفرد أو التمع أو لهما معا، يقررها الشارع الحكيم[94].
- الحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون[95].

ومما يوجه كنقد لهذه التعاريف هو تعريفها للحق بغايته المقصودة منه، لا بذاتيته، فالحق

ليس مصلحة وإنما هو وسيلة تحقق مصلحة[96]. فالحق علاقة اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التي يستفيد منها[97].

ومما يوجه للتعريف الأول أيضا من نقد وقوعه فيما يسمى عند أهل المنطق بالدور، وهو أن يؤخذ في التعريف الشيء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته، لأن فهم كلمة الحق تتوقف على فهم كلمة مستحقة ومعنى كلمة مستحقة لا يفهم إلاّ بمعرفة الحق فيحصل التمانع[98].

وعرف الحق أيضا: بأنه ما ثبت للإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه، وينتقد بكونه غير جامع لا يشمل الحقوق الثابتة لغير الإنسان من الأشخاص الاعتبارية[99]، وهذا لتقييد الحق في التعريف بما ثبت للإنسان فقط.

---

[93] تعريف الشيخ علي الخفيف، وقد وضحه بقوله: "أن الحق قد يكون مصلحة لمستحقه، تتحقق له بها فائدة مالية أو أدبية ولا يمكن أن يكون ضررًا... ولابد من أن تكون هذه المصلحة أو الفائدة لصاحب يستحقها ويختص بها، ويكفي في المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوب إليه، وعلى هذا يتناول التعريف حقوق الله، مع أنه تعالى لا يناله فائدة منها وإنما الفائدة لجميع الناس، وذلك كحقه تعالى في إقامة الأحكام الشرعية "، الحق والذمة، ص37.

[94] تعريف د. محمد يوسف موسى، نقله د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص188.

[95] تعريف د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص5.

[96] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص188.

[97] د. وهبة الزحيلي،مرجع سابق، ج4، ص9.

[98] مصطفى الزرقاء، مرجع سابق، ج3، ص14.

[99] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص191.

وعرف أيضا بأنه: اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا[100].

وبتعريف قريب منه: الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة[101].

ويظهر على هذين التعريفين شمولهما لنواحي الحق، ويتجلى هذا من خلال ما استعمل من ألفاظ دقيقة تظهر عند شرحهما[102] حقيقته وجوهره:

- كلمة اختصاص: تعني الانفراد والاستئثار، أي استئثار صاحب الحق وانفراده بالحق الموضوع له، سواء كان المستأثر بموضوع الحق هو الله وهذه هي حقوق الله، أو شخصا حقيقيا كحق البائع في ثمن المبيع يختص به، أو معنويا كالدولة وبيت المال والشركات، وغيرها من المؤسسات الاعتبارية فلا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص، وبالتالي تخرج حقوق الله التي لا تختص بأحد، أي ما كان مباحا وعاما على سبيل الانتفاع العام لا الاستئثار، كحق الصيد وهذه تسمى الرخص.
- وتقييد الاختصاص أو الاستئثار بما يقرره الشرع يخرج من التعريف ما استأثر به دون وجه مشروع فإن هذا الاستئثار لا ينشئ لصاحبه حقا فيه، كالغاصب والسارق، فإن استئثارهما بالشيء المغصوب لا يقرره الشرع، لأن العلاقة بين الغاصب والشيء المغصوب الذي اختص به لا تكتسب صفة المشروعية.
- وكلمة سلطة والتي سببها الاختصاص المشروع لصاحب الحق، قد تكون سلطة على شيء وهو ما يعرف بالحق العيني كحق الملكية والإرتفاق، أو على شخص كحق الولاية على النفس والحضانة.
- والتكليف الذي يقابله في التعريف الثاني سلطة اقتضاء أداء من آخر، وهي سلطة لشخص منصبة على اقتضاء أداء من آخر كالعلاقة بين الدائن وشخص

---

[100] مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ج3، ص10.

[101] نفس المرجع، ج3، ص10.

[102] أنظر في شرح هذين التعريفين: د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص193 وما بعدها. د. مصطفى الزرقاء، مرجع سابق، ج3، ص10 وما بعدها. د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج4، ص9.

المدين المتعهد بالوفاء بالدين، فهذه عهدة مالية، أو كالعلاقة بين المستأجر والأجير المتعهد بالقيام بعمل، أو الامتناع عن عمل وكالعلاقة بين الراهن والمرتهن في عدم الانتفاع بالشيء المرهون فموضوع العلاقة أداء التزام معين وهذا ما يعرف بالحق الشخصي. فيكون بذلك التعريف شاملاً لجميع أنواع الحقوق.

- وقول المعرف تحقيقا لمصلحة معينة فإنه وكما قال صاحبه متعلق بـ: يقر به الشرع[103]، أي أن إقرار الشرع لصفة الاستئثار والاختصاص الذي أضفى عليه صفة المشروعية، إنما كان بقصد تحقيق مصلحة معينة. فعلى صاحب الحق توخي المصلحة التي قصدها الشرع. لأنها سبب ذلك الاختصاص الشرعي وما يستلزمه من سلطة. وعليه إذا اتخذ الشخص الحق وسيلة لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعا أو للإضرار بالغير كاستعماله حق الهبة بشكل صوري للهروب من الزكاة، أو ابتغى تحقيق مصلحة خاصة تتنافى والمصلحة العامة كالاحتكار، منع هذا الحق ونزعت صفة المشروعية عن هذا الاختصاص، لكونه أصبح وسيلة لمقصد وغرض غير مشروع.

وبنفس هذا المعنى للحق ومميزاته عرف د. عبد الكريم زيدان بقوله: "هو ما كان لصاحبه الاختصاص بشيء على وجه الإنفراد بحكم الشرع وحمايته وتتحقق به مصلحة عامة أو خاصة مادية أو معنوية "[104].

- ما يستنتج من هذه التعاريف:

بالنظر إلى ما وجه من نقد إلى التعاريف السابقة، وإن كانت تعاريف جادة للحق، فإن التعريفين الأخيرين قد شملا بتعبيرهما ودلالة ألفاظهما على جميع مميزات الحق ولم يقتصرا فيه على

---

[103] أنظر: د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص195.
[104] د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص298.

الغاية منه وهي تحقيق المصلحة، فالمصلحة غايته، والحق وسيلة إليها.

- شمولهما لجميع أنواع الحقوق كحقوق الله عز وجل، كفروضه على عباده بوصف الحق اختصاصا، فقد يكون المختص بموضوع الحق هو الله تعالى كما رأينا، وحقوق العباد المتمثلة في الحقوق الشخصية بما جاء في التعريف من كون الحق اختصاصا يقرر سلطة سواء على شيء أو على اقتضاء شيء من شخص آخر كما وضحنا في علاقة الدائن بمدينه.
- أن التعريفين يؤسسان لنظرية التعسف في استعمال الحق وذلك بتقييد الحق بمصلحة مشروعة، هي علة إقرار الشرع للاستئثار والاختصاص، فإذا ما حاد صاحب الحق بالغاية المشروعة للحق فإن تلك الحماية المشروعة لذلك الإختصاص تزول، وبهذا فإن التصرف في الحق في الفقه الإسلامي مقيد بالغاية المرسومة له شرعا وليس مطلقًا إطلاقًا يؤدي إلى الانحراف في استعماله.

وكل هذه النتائج في حد ذاتها خلاصة وأثر منشأ الحق في الفقه الإسلامي وهو الحكم الشرعي حيث لا يعتبر الحقوق وليدة إنسانية الإنسان بل هي منح إلاهية لغايات ومقاصد سامية لابد أن يراعيها العبد عند استعمالها.

- خامسًا : الحق في **اصطلاح فقهاء القانون:**

لئن كان أغلب فقهاء القانون وجلّهم سلّم بفكرة الحق باعتبارها فكرة لازمة من الناحية الاجتماعية ومن ناحية الصياغة القانونية، إلاّ أن الإجماع لم ينعقد بينهم على وضع تعريف للحق[105]. وهذا مرده صعوبة وضع تعريف لظاهرة قانونية مجردة تنطبق على حالات فردية لا يمكن حصرها. كما أن التعريف هو عمل نظري قد يتأثر باتجاهات معينة للمعرف[106]، لذا فقد اختلفوا في تعريف الحق كل حسب

---

[105] د. عبد المنعم البدراوي،مرجع سابق، ص439.

[106] د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للحق، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ص19

المنظور والزاوية التي ينظر منها إليه، مما أفرز مذاهب متعددة في هذا الشأن، نعرضها وفق اتجاهين، الإتجاه التقليدي والإتجاه الحديث.

1. الإتجاهات التقليدية:

القاسم المشترك لهذه الاتجاهات في تعريفها للحق أنها لم تعن بتحليل الحق وإبراز عناصره وخصائصه المميزة. وإنما اكتفت بتركيزها على جانب من جوانبه[107]، حيث نجد من نظر إلى الحق من جهة صاحبه وهو ما يعرف بالاتجاه الشخصي، يقابله الاتجاه الموضوعي والذي نظر أصحابه إلى الحق من زاوية موضوعه والغاية منه لا إلى شخص صاحبه، وهناك اتجاه ثالث يمثل وسطًا بينهما إذ حاول الجمع بين النظرتين وهو ما يعرف بالاتجاه المختلط.

أ) **الإتجاه الشخصي[108]:** انطلاقا من تركيزه على جانب صاحب الحق، يرى أصحاب هذا الإتجاه أن لصاحب الحق إرادة مهيمنة ناشطة في نطاق معلوم، لذلك يعرفون الحق بأنه تلك القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم[109].

فجوهر الحق عند أصحاب هذا الإتجاه هو الإرادة التي تجعل الحق صفة تلحق صاحبه، لتجعل إرادته متمتعة بقوة سلطان بالنسبة لأعمال معينة هي مضمون الحق[110].

---

[107] د. نبيل إبراهيم سعد: المدخل إلى القانون، نظرية الحق، بيروت، دار النهضة العربية، 1996، ص21.

[108] Savigny هو مذهب نشأ في أحضان الفقه الألماني في القرن التاسع العشر، نادى به الفقيه سافيني ، وجيرك Gierke ووينشيد Wincheid . أنظر: د. إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص21. ود. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص19-20.

[109] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص431.

[110] د. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، نظرية الحق، القاهرة، دار النهضة العربية، 1966، ص14.

غير أن هذا النظرة والتعريف للحق واجهت انتقادات أهمها أن تعريف الحق بكونه إرادة يجعل التعريف قاصرا من أن يشمل ويستوعب جميع أصحاب الحقوق، إذ لو سلمنا باعتبار الحق سلطة إرادية، وجب ألا يكون لعديمي الأهلية حقوقًا، كالصبي الغير مميز والمجنون، إذ كل منهما فاقد للقدرة، وبالتالي فلا إرادة له، ومع ذلك فإن لهما حقوقًا يعترف بها القانون ويقرها.[111]

ولكن حاول أصحاب هذا الإتجاه الرد على هذا النقد، باعتبار القانون يعوض انعدام الإرادة عندهم بواسطة نائبهم القانوني كالولي أو الوصي، إلا أنه رد غير مقنع، لأنه إذا اعتبرنا الإرادة جوهر الحق، نسب الحق في مثل هذه الحالة للولي والوصي لا لفاقد الأهلية باعتبار أن الولي أو الوصي هو صاحب الإرادة، ويلزم كذلك القول بأنه لا تثبت لعديم الإرادة حقوقا ما لم يكن نائب قانوني، وهو ما لم يقل به أحد[112].

وأيضا فإن هناك من الحقوق ما تنشأ بدون علم صاحبها ودون إرادته، كحق الموصى له الذي ينشأ بإرادة الموصي وينتج أثره بعد موته[113]، فالموصى له قد ثبت له الحق قسرا دون علمه، وكذا الأمر بالنسبة للوارث، ومع هذا فلا ينازع أحد في حق الموصى له في الوصية أو حق الوارث في مال مورثه، فانعدام الإرادة لا يمنع من وجود الحق.

وكذلك فإن هذا التعريف يعجز عن تفسير ما يثبت للأشخاص المعنوية، من حقوق بالرغم من عدم توافر إرادة حقيقية لها.[114]

وكذلك إلى جانب هذا، فإن أصحاب هذا الإتجاه يخلطون بين الحق واستعماله، فالإرادة ليست لازمة لقيام الحق، وإنما قد تكون لازمة لإستعماله، بل

---

[111] د. عبد الحي الحجازي، مذكرات في نظرية الحق، القاهرة، مطبعة دار الكتاب العربي، 1951، ص12.

[112] أنظر: د. عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص441.

[113] د. شمس الدين الوكيل، محاضرات في النظرية العامة للحق، مطبعة نهضة مصر، ص8.

[114] د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص23.

حتى أنها ليست لازمة للاستعمال في كل الصور، فالصغير والمجنون يستعملان حق الملكية بالسكنى وهما عديمي الأهلية[115].

وبهذه الانتقادات يتضح قصور نظرية الإرادة في تعريفها للحق في جميع جوانبه لأنه لا ينص على جوهر الحق ولكنه ينصب على أمر خارج عنه وهو مباشرة الحق.

ب) **الإتجاه الموضوعي[116]:** ينظر أصحاب هذا الإتجاه للحق من جانب موضوعه والغرض منه فيعرفون الحق بأنه: مصلحة يحميها القانون[117]، ووفقا لهذا الإتجاه فإن الحق يتشكل من عنصرين أحدهما موضوعي وهو الغاية أو المصلحة التي تحقق لصاحب الحق سواء كانت مادية أو معنوية أو أدبية، وعنصر شكلي يتمثل في الحماية القانونية، المتمثلة في الدعوى القضائية، فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التي يهدف الحق إلى تحقيقها وإدراكها[118].

غير أن هذا الإتجاه أيضا لم يسلم تعريفه للحق من انتقادات أهمها أنه عرف الحق بغايته، حيث اعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق، فيما هي ليست كذلك دائما، فقد توجد المصلحة، ويختلف الحق[119] كما في فرض الدولة للرسوم الجمركية على البضائع المستوردة، ففيها مصلحة لأصحاب الصناعات المحلية في حمايتهم من المنافسة، ورغم ذلك فإن هذه المصلحة لا تعطيهم حقًا في فرض تلك الرسوم بأنفسهم[120] مما يجعل المصلحة لا تصلح أن تكون معيارا للحق باعتبارها غاية للحق، والمراد هو تعريف الحق نفسه.

---

[115] محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية الحق، مصر، مكتبة وهبة، ص9.

[116] . أنظر: د. جميل Ihering هو اتجاه ظهر كرد فعل للاتجاه السابق، ويتزعمه الفقيه الألماني أهرنج الشرقاوي، مرجع سابق، ص18.

[117] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص433. ود. عبد الودود يحي، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، دار النهضة العربية،1981، ص252.

[118] د. حسن كيرة، المرجع نفسه ، ص434. ود. كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص9.

[119] د. إبراهيم نبيل سعد، مرجع سابق، ص24.

[120] د. حسن كيرة، مرجع سابق، ص434.

كما انتقد في جعله للحماية القانونية عنصرا للحق، مع أن الحماية تعتبر كنتيجـة للتسليم
بالحق، فهي لاحقة له وليست جزءًا منه، فليس صحيحا أن يقال أن ما يعتبر حقا هو كذلك لأن القانون يحميه بل الصحيح أن القانون يحميه لأنه حق[121].

ج) **الإتجاه المختلط[122]:** وهو اتجاه جمع في تعريفه للحق بين الإتجاه الشخصي والإتجاه الموضوعي أي الجمع بين عنصري الإرادة والمصلحة، على تفاوت بين أنصاره في تغليب أحد العنصرين على الآخر، فمن غلبوا عنصر الإرادة، عرفوا الحق بأنه: قدرة إرادية معطاة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون، بينما عرفوا من غلّبوا عنصر المصلحة بأن الحق: مصلحة يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة إرادية معينة.

ويوجه لهذا الإتجاه في نقده ما وجه للاتجاهين السابقين فالحق ليس هو ذاته المصلحة، وليس لازما أن تكون هناك للشخص قدرة إرادية حتى يثبت له الحق.

2. الإتجاه الحديث:

على ضوء ما وجه من انتقادات لتعريفات الحق مما ذكرنا سابقًا، اتجه الفقه القانوني الحديث إلى محاولة تعريف الحق على أساس جوهره وإبانة خصائصه ومميزاته، أهمها وعلى رأسها تعريف الفقيه البلجيكي «جان دابان » DABIN، والذي سار عليه واعتمده أغلب فقهاء القانون. وبنوا عليهم تعاريفهم للحق. حيث

---

[121] د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص19. ود. عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص343.

[122] أنظر في هذا: د. حسن كيرة، مرجع سابق، ص436. د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص20. ود. عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص444.

وبعد أن تعرض للإتجاهات السابقة في تعريف الحق بالدراسة والتحليل والنقد انتهى إلى تحديد عناصر الحق[123] بأنها:

أ- **الإستئثار:** أي اختصاص شخص لقيمة معينة على سبيل الإنفراد، بما يحقق له المصلحة المقصودة، ولكن ليست المصلحة ذاتها، فالمصلحة لا تصبح حقًا إلا إذا ثبت للشخص على سبيل التخصيص والانفراد أي على سبيل الإستئثار. والقيمة المعينة محل الاختصاص تتنوع إلى قيم مالية مادية كالعقارات والمنقولات، أو معنوية كورود الاختصاص على الكيان المادي والمعنوي للإنسان مثل سلامة الجسم، وقد يرد على عمل معين يلتزم بأدائه شخص معين آخر هو المدين.

ب- **التسلط:** الذي يعتبر نتيجة لازمة لعنصر الإستئثار، فما دام الشيء مملوكًا لصاحب الحق لزم من ذلك الاعتراف بنوع من التسلط له عليه، أي حرية التصرف في الشيء موضوع الحق. وهو قدرة معنوية تتحقق لصاحبها الحق ولو وجد مانع مادي يحول دون ظهورها كما للمجنون والصبي الصغير فيظل التسلط لها مع أن كلا منهما لا يستطيع أن يظهر تسلطه فعلا بنفسه، وإنما يظهر من خلال تصرف الولي أو الوصي، فيفرق بذلك بين حقيقة التسلط الذي يعتبر كنتيجة لعنصر الاستئثار وبين استعمال الحق ومباشرته، فالوصي وإن كان يباشر الحق ويستعمله فليس هو صاحب الحق.

ج- **احترام الحق للغير:** حيث يذهب الأستاذ دابان إلى إضافة عنصر الاحترام للحق من قبل الغير، أي كافة الأشخاص في التمع، فيجب عليهم احترام الحق الذي يثبت في مواجهتهم، وذلك بالامتناع عن كل ما من شأنه الإضرار بصاحب الحق في استئثاره وتسلطه بما يخول صاحب الحق الدفاع عن حقه من الاعتداء، وهذا لثبوت الحق في مواجهة الجميع، كما في حق الملكية. أما أن الاختصاص مما

---

[123] أنظر في هذا: د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص29 إلى 34. ود. عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص444 إلى 448. ود. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص27 إلى 29. ود. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص21 إلى 24.

يرد على أداء عمل أو الامتناع عنه من الغير كما في حق الدائنية، فإن واجب الاحترام وعدم الاعتداء يقع أولاً على المدين، بأداء العمل أو الامتناع، ثم يقع على الكافة الذين يلتزمون بعدم التدخل في العلاقة بين المدين والدائن.

د- **الحماية القانونية:** أي يتدخل القانون لنقل الاستئثار من حالة واقعية إلى حالة قانونية يقره كحق، فيضمن الحقوق التي تم الاعتراف بها للأفراد بمعنى أن يصبح الاستئثار والاختصاص بالشيء مشروعا قانونا يحميه المتمع بما يصنعه من وسائل قانونية، أي أن عنصر الاحترام للغير لا يكفي، فاستئثار الغاصب بما غصبه لا يعد حقًا، وعليه فلا يتمتع استئثاره هذا بالحماية القانونية. وتعتبر الدعوى من أهم الوسائل الموضوعة لحماية الحق وهي في حد ذاتها حق جديد يتمثل في حق الدعوى القضائية. يكون صاحبه غالبا وفي الأصل هو نفسه صاحب الحق المعني، لذا فإن التنازل عن الدعوى، أي عن تحريك طرق الحماية من طرف صاحب الحق لا يستلزم بالضرورة تنازله عن ذات الحق، الذي يظل قائما لصاحبه محتفظًا بخاصية وجوب احترامه من قبل الغير.

ليخلص **دابان** بعد تحليله للحق وتحديد عناصره إلى أن الحق ميزة يمنحها القانون لشخص ويضمنها بوسائله، يتصرف الشخص بمقتضاها في مال يؤول إليه باعتباره مملوكا أو مستحقًا.

- تقدير تعريف دابان:

مما يمكن قوله أن التعريف الحديث للحق الذي جاء به دابان، قد أعطى تصورا كبيرا للحق بتحديده العناصر التي على أساسها يتحدد الحق، مستبعدا بذلك فكرة الإرادة والمصلحة واستبدالهما بفكرة الاستئثار باعتباره العنصر الأساسي والجوهري للحق، والذي يخول لصاحب الحق تسلطًا على الشيء محل الحق.

غير أنه لاقى ووجهت له بعض الانتقادات، منها أن الحق ليس استئثارا لأن القول بهذا لن ينهي البحث عن تعريف الحق ويظل الإشكال والتساؤل مطروحا عن معنى هذا الاستئثار، هل هو استئثار ناشئ من قوة إرادته، أم هو نتيجة للمصلحة التي يحميها القانون[124]، أي أنه لم يخرج عما وقع فيه أصحاب الاتجاه الشخصي والموضوعي.

كذا مما انتقد به نظرته للحق، خلطه بين التسلط والاقتضاء، حيث أن جعله للتسلط كعنصر من عناصر الحق يجعل التعريف يقتصر أكثر على الحقوق العينية، باعتبار التسلط لا يتصور إلا على الأشياء والاقتضاء لا يتصور إلا من أشخاص. لذا ذهب البعض من الفقهاء إلى التعبير عن هذا بالرابطة القانونية، سواء كانت رابطة اقتضاء أو رابطة تسلط. وعلى كل فإنه ومهما توجه إلى هذه النظرية من انتقادات، سواء لفظية فيما اختاره من ألفاظ أو موضوعية، فإنه يمكن القول أن هذه النظرية وضعت إلى حد ما تصورا حقيقيا للحق بنيت عليه أغلب التعاريف لفقهاء القانون وإن اختلفت تعاريفهم بحسب مدلولات ألفاظ التعريف على جوهر الحق وأساسه، والتي لم تسلم من انتقادات من البعض فقد:

- عرفه د. سليمان مرقص بأنه:" سلطة تخول الشخص القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة يعترف بها القانون"[125].

---

[124] د. علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دار الفكر العربي، 1992، ص35.

[125] أورده : د. حسين نجيدة، مرجع سابق، تهميش ص35، نقلا عن كتاب المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقص.

- وعرفه د. جميل الشرقاوي بأنه: "قدرة لشخص من الأشخاص، على أن يقوم بعمل معين يمنحها القانون ويحميها تحقيقا لمصلحة يقرها"[126].
- وعرفه د. حسن كيرة بقوله: "هو ذلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار والتسلط على الشيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر"[127].
- وعرفه د. شمس الدين الوكيل بقوله: "هو استئثار شخص بقيم أو أشياء معينة يخول له التسلط والاقتضاء ويهدف إلى تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية"[128].
- وعرفه د. عبد المنعم فرج الصدة بأنه: "ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها القانون بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية"[129].
- وعرفه د. عبد الحي حجازي بأنه: "سلطة قانونية مستمدة من علاقة شخصية تخول لشخص آخر أو عدة أشخاص بتحقيق مصلحة ما طوعا أو كرها"[130].
- وعرفه د. عبد المنعم البدراوي بأنه: "اختصاص (أو استئثار) شخص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون"[131].

فيظهر من خلال هذه الجملة من التعريفات وإن اختلفت ألفاظها التقارب الكبير في مدلولاتها على العناصر الأساسية المكونة للحق وهي : الإختصاص، السلطة، والحماية القانونية لمركز الإختصاص وكل هذا لأجل تحقيق مصلحة هي الغاية من الحق.

---

[126] أنظر له: دروس في أصول القانون، ص27.
[127] أنظر له: المدخل إلى القانون، ص441.
[128] أنظر له: محاضرات في النظرية العامة للحق، ص11.
[129] أنظر له: أصول القانون، ص315.
[130] أنظر له: مذكرات في نظرية الحق، ص15.
[131] أنظر له: المدخل للعلوم القانونية، ص450.

- سادسًا: مقارنة تعريف الحق بين الفقه الإسلامي والقانون

مما نخلص إليه بعدما أوردنا تصور مفهوم الحق سواء عند فقهاء الإسلام أو عند فقهاء القانون الوضعي أنه لا يكاد يكون هناك أي فرق في تصور الحق بينهما، سواء مما انتقد من تعاريف التي جعلت المصلحة هي عين الحق، أو مما عرف به بعد تحليل لعناصره ومميزاته، حيث نجد أن كلا الفقهين الشرعي والوضعي قد استقر فقهاؤه على تحديد عناصر الحق الذي ينبني عليها ويتأسس، وهي الاختصاص والاستئثار الذي ينشئ تسلطا مشروعا لصاحب الحق على الشيء موضوع الحق، وهذا ما يظهره تعريف الحق عند الأستاذين مصطفى الزرقاء وفتحي الدريني، حيث أن العناصر المميزة للحق ومدلولاتها هي ذاتها ما أورده فقهاء القانون من خلال ما سردنا من تعاريف لهم، ويبقى الفارق الجوهري بينهما هو في مستمد مشروعية الاستئثار أو الإختصاص المنشئ للسلطة على الشيء – حتى يتمتع هذا الإختصاص بالحماية – حيث نجده هو الحكم الشرعي المنشئ للحق في الفقه الإسلامي، بينما في القانون فإنه أو القاعدة القانونية المنظمة للحقوق هي ما يستمد منها مركز الإختصاص لصاحب الحق مشروعيته مما يمكنه حمايته عن طريق الدعوى، وذاته ما يمكننا الخلوص إليه فيما يتعلق بالمصلحة مناط الحق وغايته، حيث لابد وأن تكون مصلحة مشروعة يقرها الشرع أو القانون، حتى لا يحيد الحق عن أصله الذي شرع ومنح من أجله.

غير أنه مما يمكننا قوله أن كشف النظرية الحديثة لعنصر الحق الجوهري وهو الاختصاص أو الاستئثار فقد سبق في بيانه وإرسائه الفقه الإسلامي، حيث جاء في الحاوي القدسي في تعريفه حق الملكية أن حق الملكية اختصاص حاجز[132]، أي استئثار صاحب الحق بحقه استئثارا يحجز ويمنع الغير من الإعتداء عليه وهو ما عبرت عنه النظرية الحديثة بعنصر احترام الغير.

[132] أورده ابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1993م ص346.

هذا وبالرغم من كل ما أورده الفقهاء من تعريفات للحق، فإنه يبقى ضبط الحق بتعريف دقيق أمرا اجتهاديا لا يخلوا من الإنتقاد، وهذا لصعوبة في تحديد معنى الحق بتعريف جامع ناجم من أنه مستعمل للتعبير من معاني وأفكار عديدة.

- سابعًا: مدى صلة تعريف الحق بنظرية التعسف:

مما ذكرنا سابقًا من إبراز لمنشأ فكرة الحق سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون وما أوردنا من تعاريف تتفاوت فيما بينها في ضبط وتحديد مفهوم الحق نخلص منه إلى أن الحق ما وجد كفكرة وما حدد بعناصر ومميزات تضبطه إلا لتحقيق مصالح ومنافع مطلوب تحقيقها لصاحب الحق فردا كان أو جماعة، وأيا كان تعريف الحق سواء بكونه مصلحة، أو بكونه استئثارا لقيمة معينة فإن جميع التعاريف تشير إلى ضرورة وجوب كون هذه المصلحة مشروعة، أي يقرها الشرع بحكم، أو القانون بقواعده، وبهذا يكون للحق حماية وحصانة، فإذا انعدمت المصلحة المشروعة لم يعترف بها وسقطت عنه الحماية، وبناءًا على هذا فإن الإقرار باختصاص صاحب الحق واستئثاره بموضوع الحق واستعماله له ليس مطلقًا وإنما مقيد بمشروعية المصلحة، فالقانون لا يحمي الصلة القائمة بين صاحب الحق والمصلحة الغير مشروعة، لأنها تصبح بلا قيمة وليست هي المصلحة المعنية التي خولها القانون إياه.

وعليه فإن ما شرع من المصالح الجزئية للأفراد تفقد صفة مشروعيتها إذا ما تعارضت مع مصالح جزئية أخرى، وهذا ما يبدوا جليا في الفقه الإسلامي بمنع استعمال المالك عقاره إذا ما كان يضر بجاره ضررا فاحشا، أو إذا تعارضت المصلحة الجزئية مع المصلحة العامة، كما في منع الإحتكار، ووجوب التسعير إذا ما أدى إلى حفظ المصلحة العامة، وعليه تظهر صلة هذه التعاريف بنظرية التعسف لأن في تقييد المصلحة الجزئية الفردية بأن لا تتنافى وتعاليم الشريعة ومبادئها العامة

ومقاصدها الأساسية في الشريعة، أو ما عبر عنه أهل القانون بكون المصلحة محمية، هو معيار نظرية التعسف وأساسها كما سوف نرى لاحقًا.

المبحث الثاني
الموازنة بين المصالح المتعارضة

خلصنا من المبحث الأول إلى بيان حقيقة الحق ومفهومه من أنه اختصاص ينشئ سلطة على شيء، أو على اقتضاء أداء معين من آخر، قصد تحقيق مصلحة معينة، هي غاية الحق ومقصده كأساس أول لبناء نظرية التعسف في استعمال الحق، إذ لا يمكن تصور التعسف في استعمال الحق إلا بتصور الحق ذاته ونفسه. لنأخذ في هذا المبحث أساسا آخر مهما تنضبط عليه النظرية في الفقه الإسلامي وهي إقرار الحقوق الخاصة والعامة أي حقوق الفرد وحقوق التمع إقرارا توفيقيا يجمع بينهما وفق موازنة عادلة في حال تعارضهما، وهذا بإعطاء الحق الفردي نظرة اجتماعية، أي لابد أن يكون استعمال الفرد لحقه بما تحقق له مصلحته ويعود بالنفع على الغير فردا أو جماعة، نتيجة أو قصدا ومآلاً، فيحكم على الحق هنا بالمنع ويفقد مشروعيته وحمايته، بناءًا على تعسفه المفضي إلى المضدة الممنوعة شرعا، وسنوضح هذا الأساس جليا في ثلاث مطالب نبدؤها بمفهوم غاية الحق وهي المصلحة.

المطلب الأول
تعريف المصلحة

- أولاً : المصلحة لغةً:

المصلحة مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع، وهي في اللغة بمعنى المنفعة وزنا ومعنى وهي واحدة المصالح، وهي ما فيه الخير والمنفعة والصلاح[133]،

[133] أنظر: الشيخ محمد رضا، معجم متن اللغة، بيروت، دار مكتبة الحياة، 1960، ج3، ص479.

والإستصلاح نقيض الفساد[134]، فكل ما فيه نفع سواء كان بالجلب والتحصيل، كاستحصال الفوائد واللذائذ، أو بالنفع والإتقاء، كاستبعاد المضار والآلام، فهو جدير بأن يسمى مصلحة[135].

-

- **ثانيًا : المصلحة عند فقهاء الشريعة:**

تطلق المصلحة ويراد بها فيما اصطلح عليه علماء الشريعة الإسلامية بأنها المنفعة التي قصدها

الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين بينهما[136].

وهذا ما جاء في تعريف الإمام أبو حامد الغزالي[137] لها بقوله: "أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة، ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكن نعني بالمصلحة، المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة"[138].

فالمصلحة هي المنفعة التي يرغب الإنسان في تحقيقها وكفلها له الشرع فيما أثبته له من حقوق، وقد جعل الله المنفعة فطرة في الخلق، ولا يزال المرء يحصل من

---

[134] أنظر: الجوهري، الصحاح، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، بيروت، دار العلم للملايين، ط3، 1984، ج1، ص384.

[135] أنظر: د. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ص24. ود. البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم ودار العلوم الإنسانية، ط2، 1983، ص28-29.

[136] د. البوطي، نفس المرجع، على نفس الإحالة. ود. البغا، نفس المرجع، ص29.

[137] **الغزالي**: هو أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الغزالي الملقب حجة الإسلام، ولد بخرسان سنة (450هـ) وتوفي سنة (505هـ) فقيه أصولي صوفي فيلسوف، من أشهر مصنفاته الكثيرة: "كتاب البسيط"، و"الوسيط"، "الوجيز"، و"الخلاصة في الفقه"، "إحياء علوم الدين"، "المستصفى في أصول الفقه"، و"المنقذ من الضلال". أنظر في ترجمته: وفيات الأعيان، مرجع سابق، ج4، ص216.

[138] أبو حامد الغزالي، المستصفى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط3، 1993، ج1، ص286.

العلم ما يضمن له ذلك، ويدفع عنه الضرر والمفسدة وينتقل من طور إلى طور في المعرفة إلى أن يصير بصيرا بالمنافع فيقصدها وبالمفاسد فيتجنبها[139].

والمراد بالمنفعة اللذة أو ما كان وسيلة إليها ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه، وبتعبير آخر هي اللذة تحصيلاً أو إبقاءًا، فالمراد بالتحصيل جلب اللذة مباشرة والمراد بالإبقاء الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها[140].

هذا ولا يفهم من تعريف المصلحة بالمنفعة التي تعني اللذة، قصورها في مفهومها لما هو حسي من اللذّات والآلام بل يشمل أيضا جانبها المعنوي، وقد أوضح هذا بجلاء الإمام العز بن عبد السلام بقوله: "المصالح أربعة أنواع: اللذات وأسبابها، والأفراح وأسبابها والمفاسد أربعة أنواع: الآلام وأسبابها والغموم وأسبابها، وهي منقسمة إلى دنيوية وأخروية"[141].

وأكده الشاطبي في تعريفه المصالح الدنيوية: "وأعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق، حتى يكون منعما على الإطلاق"[142]. فالتعبير عن المصلحة بالمنفعة واللذّة لا يعني أبدا أن المصلحة منحصرة في تلبية الشهوات وإشباع الغرائز الجسمية، وإنما هي لذّات ومتع ومنافع متعددة الوجوه والأبعاد، ومثل هذا يقال عن المفاسد[143].

وعليه فإن حقيقة المصلحة هي كل لذة ومتعة جسمية كانت أو نفسية أو عقلية أو روحية، وحقيقة المفسدة هي كل ألم وعذاب جسميا كان أو نفسيا أو عقليا أو روحيا[144].

---

[139] أنظر: ابن ناجي الغروي، شرح متن الرسالة، مطبوع أسفل شرح زروق على متن الرسالة، بيروت، دار الفكر، 1982، ج1، ص7.

[140] أنظر: د. البوطي، مرجع سابق، ص27.

[141] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، ص10.

[142] الشاطبي، الموافقات، ج2، ص25.

[143] أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، 1995، ص235.

[144] أحمد الريسوني، المرجع نفسه ، ص235.

غير أن هذه المتع واللذات هي في حدود ما يقصده الشرع ويريده بها لا بحسب أهواء أصحابها، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "المصالح المتلبة شرعا والمصالح المستدفعة إنما تعتبر من حيث تقام الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية أو درء مفاسدها العادية... فالشريعة إنما جاءت لتخرج المكلفين من أهوائهم حتى يكونوا عبادا لله، وهذا المعنى إذا ثبت لا يجتمع مع فرض أن يكون وضع الشريعة على وفق أهواء النفوس، وطلب منافعها العاجلة كيف كانت، وقد قال سبحانه: [**ولو اتبع الحق أهوآءهم لفسدت السماوات والارض ومن فيهن**][145]... فالمعتبر إنما هو الأمر الأعظم وهو جهة المصلحة التي هي عماد الدين والدنيا لا من حيث أهواء النفوس."[146] لذا فإن صاحب الحق في استعماله لحقه في التسلط على الشيء، أو اقتضاء أداء معين لا يمنع هذا لبغية تحصيل منفعة لأنها غاية الحق في حد ذاته بقطع النظر عن كونها منفعة شخصية أو تشمل غيره، لأن حب تحقيق وتحصيل المنافع أمر فطري لدى الإنسان، والإسلام دين الفطرة، فليس غريبا أن تكون المصالح والمنافع محور تشريع الله لأحكامه، غير أن ميزان المنافع والمصالح في الشرع مضبوط بحياتي الدنيا والآخرة معا، بل النظرة إلى مصالح الدنيا محكومة بسلامة الآخرة، ومن ثم فلا مجال لإضطرابها بين اختلاف الميول والأحاسيس[147]. وعلى هذا فإن المصلحة في الشريعة الإسلامية تتميز بمزايا وخصائص يمكن إيجازها فيما يلي:

- انصباغها بالبعد الديني التعبدي، وهذا مرده أن المصلحة في الشريعة الإسلامية لا تنحصر فقط في بعدها الدنيوي، وإن كانت مصالح تتعلق بمعاش العباد ومعاملاتهم الدنيوية، إنما لها بعد أخروي، وذلك في ارتباط التصرف المرجو منه تحقيق مصلحة بالأجر والثواب في الآخرة وهذا لأن مشروعية جميع أحكام العباد

---

[145] سورة المؤمنون الآية 71.
[146] الشاطبي، الموافقات، ج2، ص37-39.
[147] د. البوطي، مرجع سابق، ص28.

تعود إلى قدر مشترك من التعبد[148] وفي هذا يقول الإمام القرافي:"لا يوجد حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى"[149] وهذا ما ارتبط العمل بقصد خالص لله عز وجل، عملا بما جاء في قوله ρ :((**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى**))[150]. وهذا لأن الشارع الحكيم في تشريع الأحكام نظمها على أساس أن يكون اكتساب مصالح الدنيا سبيلا لنيل سعادة الآخرة، وإنما يتم هذا عندما يتخذ الإنسان من جميع مقومات حياته وسعادته الدنيوية سبيلاً وواسطة إلى اكتساب السعادة الخالدة[151]، وهذا وفقًا لما جاء في قوله تعالى: [**قل ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله ربِّ العالمين**][152].

- إن قيمة المصلحة لا تنحصر فيما تنطوي عليه من اللذّة المادية التي ينشدها العبد فقط، بل هي نابعة من حاجتي كل من الجسم والروح، ومرد هذا ارتباط تصرف العبد بإيمانه فإن سعي العبد من خلال تصرفه إلى تحقيق غايته، ومصلحته وفق ما أراده الشرع والتقيد به يكون دليلا على كمال إيمانه، لذا فقد دعا الشرع العبد إلى تطهير نفسه وقلبه من الشرور والآفات القلبية كالحقد والحسد والرياء، وعالجه بالتزكية، عملا بما جاء في قوله تعالى: [**كمآ أرسلنا فيكم رسولاً منكم يتلوا عليكم ءاياتنا ويزكيكم ويعلمكم الكتاب والحكمة ويعلمكم ما** لم **تكونوا تعلمون**][153] وقوله: [**قد أفلح من تزكى وذكر اسم ربه فصلى**][154]. ولا ريب أن الغرض من شرع هذه التزكية ليس الوصول إلى المزيد من الربح المادي أو اللذّة الجسدية، ولكن إبعاد ما من شأنه أن يتكاتف

---

148. د. البوطي، مرجع سابق، ص37.
149. الفروق، ج1، ص141.
150. أخرجه البخاري ومسلم. البخاري، كتاب بدء الوحي، حديث رقم1، ج1، ص9. ومسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ضبط وترقيم محمد عبد الباقي، كتاب الإجارة، باب قوله إنما الأعمال بالنيات، حديث رقم 1908، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1995، ج13، ص46-47.
151. د. البوطي، مرجع سابق، ص49.
152. سورة الأنعام الآية 162.
153. سورة البقرة الآية151.
154. سورة الأعلى الآية14.

على الروح الإنسانية من مثل هذه الأمراض التي لا تتفق مع فطرتها الصافية وهي مصلحة مستقلة بذاتها[155].

- أن مصلحة الدين أساس المصالح الأخرى ومقدمـة عليها[156]. وهذه الخاصية نتيجة للخاصيتين

السابقتين، لأنّ البعد التعبدي للمصلحة ومراعاة القيم الروحية لا المادية فقط أساس شعور العبد بهما عند تصرفه، ناتج عن مدى حفاظه على دينه، لأن السعي إلى إرضاء الله والنعيم بالخلود في جنته هما أعظم مصلحة على الإطلاق في حياة الإنسان، لذا فإن جميع المصالح والمنافع الفرعية في حياة الإنسان لابد وأن تسخر لتحقيق هذه المصلحة الأعظم نفعا على الإطلاق[157].

وعلى هذا نجد علماء الأصول والمقاصد في تناولهم للمصلحة تعريفًا يقسمونها إلى مراتب ثلاث من حيث أهميتها: مصالح ضرورية وحاجية وتحسينية، وجعلوا على رأس المصالح الضرورية الخمس التي يجب الحفاظ عليها مصلحة الدين، وإن استلزم ذلك فوات ما دونها، ونفس الكلام مع بقية المصالح، فإنها تحفظ وإن أدى ذلك إلى فوات ما دونها أيضا، وعليه فإن التصرف في الحق لابد أن يراعى فيه المصلحة المبتغاة من وراء استعماله عدم مساسها بالمصالح الضرورية وعلى رأسها مصلحة الدين سواء ما تعلّق به أو بغيره.

- ثالثًا : المصلحة عند فقهاء القانون:

لئن اتفق أهل القانون مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من كون الحق استئثار سلطة لتحقيق غاية هي المصلحة، إلا أن مفهوم المصلحة وخصائصها تختلف عندهم عن مفهوم المصلحة لدى فقهاء الإسلام اختلافا كليا، فمفهوم المصلحة عند فقهاء

---

[155] د. البوطي، مرجع سابق، ص54.
[156] د. البوطي، المرجع نفسه، ص55.
[157] د. البوطي، مرجع سابق، ص56.

القانون لم يخرج عم نحى إليه علماء الفلسفة والأخلاق في المصلحة، فإن ما قرره حول حقيقة المصالح والمنافع تم اتخاذه كأساس لتشريعاتهم وقوانينهم. ولئن كانت المصلحة في الفقه الإسلامي تنضبط بميزان الحياة الدنيا والآخرة معا كما رأينا، فإن المصلحة عند علماء الأخلاق تقدم على ميزان دنيوي بحت، فقد اعتبروا أن أمر الدنيا وما فيها من مظاهر اللذّائذ والآلام من صنع من فيها وابتكاراتهم، فهم أصل تعميرها وهي ثمرة سعيهم فيها[158]. ولما كان ميزان تقدير المصلحة أو اللّذة والألم هو العقل بما يتفقون عليه بعد تجارب طويلة أو بما يميل إليه الوجدان البشري المختلف من حيث الأمزجة والطباع، فإن تقدير المنفعة ومفهومها يشكل جدلاً فلسفيا، وفي هذا يقول « بنتام » وهو من أكبر الباحثين في المنفعة: "ولقد قل الطعن على أصل المنفعة فضلاً على أنه صار معتبرا كأنه الرابط الجامع بين الأخلاق والسياسة، إلا أن شبه الإجماع هذا ظاهري فقط، فإن الناس اختلفوا اختلافًا كثيرا في فهم المنفعة وتقديرها حق قدرها، ولذلك تشعبت معتقداتهم وتباعدت نتائجهم"[159].

فهناك من يرى ويقدر المنفعة بما تحقق له من السعادة، أي بمدى ما يستفيده صاحب الفعل لنفسه بقطع النظر عمن تعلق به أثر الفعل[160]. وهذا ما ذهب إليه الفيلسوف أبيقور[161] حيث يقول في معرض حديثه عن اللذة: "نحن نجعل من اللذة مبدأ السعادة وغايتها إنه أول خير نعرفه...، وهو مبدأ كل قراراتنا وشهواتنا وكراهيتنا وإليها نسعى دون انقطاع"[162] فحقيقة المنفعة بحسب هذا المذهب هي تلك اللذة التي تتحقق من وراء كل تصرف بما يحقق له السعادة، وهذا ما يفتح

---

[158] المرجع نفسه، ص28.

[159] أنظر: د. البوطي، المرجع نفسه، ص29، نقلا عن أصول الشرائع لبينتام، ترجمة أحمد فتحي زغلول.

[160] د. البوطي، المرجع نفسه، ص31.

[161] **أبيقور**: (341-270 ق.م) فيلسوف مادي والحادي من العصر الهيليني، كان ينكر تدخل الآلهة في شؤون العالم وينطلق من الاعتراف بخلود المادة التي تمتلك مصدرًا داخليًا للحركة. أنظر: الموسوعة الفلسفية، وضع لجنة من العلماء والأكاديميين السوفياتيين. ترجمة: سمير كرم، بيروت، دار الطليعة، 1981، ص8.

[162] أنظر: د. عبد الرحمن بدوي، الأخلاق النظرية، الكويت، وكالة المطبوعات، ط2، 1976، ص242.

الباب واسعا أمام حرية التصرف مما تستبيح به النفوس حتى المفاسد بدعوى أنها طرق موصلة وأسباب لتحقيق اللذة المؤدية والموصلة لغاية السعادة[163]. لأن بهذا المنظور يصبح هدف كل فعل إنما تحصيل أو تجنب الألم بقطع النظر عمن تعلق به أثر الفعل. وقد تبنى هذا المذهب من فلاسفة العصر الحديث الفيلسوف هوبز[164].

بينما ذهب آخرون إلى تقديرها بما يسمونه أكبر سعادة للنوع البشري بل لكل حساس، وهو المذهب الذي يطلق عليه اسم مذهب المنفعة[165]، والذي يجعل تحقيق المنفعة مبدأ، وتوفير أكبر قسط من السعادة قاعدة، والإتفاق بين المنفعة الفردية والمنفعة العامة غاية[166]، فيرى بنتام[167] وهو من أرباب هذا المذهب أن المنفعة هي خاصية الشيء التي تجعله ينتج فائدة أو لذة، أو خيرا أو سعادة، أو خاصية الشيء التي يجعله يحمي السعادة من الشقاء أو الألم أو الشر أو البؤس بالنسبة إلى الشخص الذي تتعلق به المنفعة[168]. وعليه فإن الحكم على عمل بأنه خير أو شر يجب أن ننظر فيما ينتجه العمل من اللذائذ والآلام لا لأنفسنا فحسب بل لجميع النوع البشري[169].

ويقول ميل استوارت[170] أحد فلاسفة هذا المذهب موضحا مفهوم السعادة المنشودة: "إنّ السعادة مجموع من اللذات المحددة الكمية والكيفية وأن الأخلاق النفعية يجب أن تبنى على التجربة"[171] وهي نظرة مادية نابعة من طبيعة الإنسان

---

[163] د. البوطي، مرجع سابق، ص31.

[164] **هوبز توماس**: (1588-1679) فيلسوف مادي إنجليزي تأثرت فلسفته بثورة القرن السابع عشر البورجوازية الإنجليزية. مؤلفاه الرئيسيان هما: "في المدينة"، و"ليفياتان". أنظر: الموسوعة الفلسفية، ص563.

[165] د. البوطي، مرجع سابق، ص31.

[166] د. جميل صليبا، المعجم الفلسفي، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1979، ج2، ص500.

[167] **بنتام جيرمي**: (1748- 1832) فيلسوف أخلاقي إنجليزي وكاتب في القانون مؤلفه الرئيسي هو علم الواجب أو علم الأخلاق. أنظر: الموسوعة الفلسفية، ص89.

[168] د. عبد الرحمن بدوي، مرجع سابق، ص247-248.

[169] د. البوطي، مرجع سابق، ص29.

[170] **ميل جون استوارت**: (1803-1973) فيلسوف ومنطقي واقتصادي انجليزي، من دعاة الوضعية. مؤلفاته الرئيسية: "نظام المنطق" ، و"مبادئ الإقتصاد السياسي"، و"مذهب المنفعة". أنظر: الموسوعة الفلسفية، ص518.

[171] د. جميل صليبا، المعجم الفلسفي، مرجع سابق، ج2، ص500.

الإنجليزي التاجرة، الذي يحسب ويقدر خير الوسائل وأفضلها للإستثمار والكسب، ويوضح بنتام هذا بصريح قوله: "إذا كانت النقود هي الأداة الجارية للذة فمن الواضح بالتجربة القاطعة أن كمية اللذة الفعلية تتبع في كل حالة معينة كمية النقود"[172].

وبناءا على هذا الجدل فإن ميزان الخير والشر يبقى غير منضبط وذلك لعدم انضباط المصلحة والمنفعة التي يتأسسان عليها، لذا فقد تعرضت هذه الآراء وغيرها إلى اعتراضات، وذلك لأن معيار اللذة الذي تقدر به المنفعة معيار قاصر غير منضبط، لأن اللذة تختلف باختلاف الطبائع والميول، فكل فرد أو جماعة تصنع معايير المنفعة والمضرة بناءًا على ميولاتهم ورغباتهم ومشاعرهم المختلفة، وهذا مرده إلى أن ضوابط المصالح والمنافع يحكمها العقل والشعور البشري القاصر، وترتبط بزمن الحياة الدنيا الذي يعيشونها لها فقط.

وعليه وبناءًا على هذا الجدل الفلسفي حول مفهوم المصلحة أو المنفعة على اختلاف مذاهب أصحابه الأخلاقية، تتحدد معالم خصائص المصلحة التي يجعلها فقهاء القانون كغاية للحق والتصرف فيه، ويمكن إيجازها فيما يلي[173]:

- أن المعايير الزمنية التي يقيسون بها المصالح والمفاسد معايير ضيقة محدودة بعمر الدنيا وحدها، لأن الحياة عندهم تنتهي بانتهاء الدنيا ولا يرون للحياة امتدادا بعدها إلا ما كان عند رجال الدين ممن ليس لهم سلطان، وإن آمنوا بحياة ما بعد الموت إيمان لا يؤثر ولا ينطبع على التصرف في شيء.
- أن المصلحة تكون بقيمة اللذة المادية فقط سواء روعي في ذلك ما تعود ثمرته في شخصية الفرد وحده أو على شخصية الجماعة، وإن حاول البعض من الفلاسفة تنويعها إلى معنوية وحسية وجسمية، لذا فإنه ليس من الممنوع فتح دور اللهو والقمار والفساد لما فيها من منافع مادية تعود على أصحابها، وبما تشكله من

---

[172] د. عبد الرحمن بدوي، مرجع سابق، ص247-248.

[173] أنظر في خصائص المصلحة عند القانونيين، د. البوطي، مرجع سابق، ص33 إلى 43.

مورد للضرائب، وهذا ناتج عن السعي وراء تحقيق الرخاء الجالب للسعادة، مما يقلب الرذيلة والشر إلى فضيلة وخير مادامت طريقًا موصلاً لذلك الرخاء، وهذا ليس إلا كنتيجة حتمية للخاصية الأولى، مادام أن تحقيق المنفعة بأية وسيلة لا يترتب عليها أي ثواب أو عقاب أخروي، ولأن الدين في منظورهم خادم للمصلحة لا مقيد لها، وما تقييد لها إلا تقييد بشري يحد من هيمنتها، دون أن يمس بأصلها مادامت مصالح تعود بالربح المادي على صاحبها والمتمع كما ذكرنا.

ونخلص من كل هذا أن القانون وإن سعى إلى تقييد المصلحة بقيد المشروعية يكون المصلحة التي هي غاية الحق لابد أن تكون مصلحة يحميها القانون، وإن حقيقة هذه المصلحة أو المنفعة، لا تخرج في جوهرها عما قرره علماء الفلسفة والأخلاق من مفهوم لها مؤسس عن نظرة نفعية متنصلة عن أي بعد ديني يضبطها، لكونها صادرة عن تصورات بشرية يحكمها حب الذات والأنانية الفردية، وإن دعت إلى شمول النفع للغير أيضا.

المطلب الثاني

إقرار الشريعة للمصلحتين الخاصة والعامة

ذكرنا سابقًا في مبحثنا الأول أن فكرة الحق في الفقه الإسلامي من حيث ثبوتها وأساس نشأتها لم تعرف ذلك الجدل الفلسفي الذي عرفته في الفقه الوضعي، وهذا مرده إلى مستمد الفقهين ومصدرهما. فالحق في الفقه الإسلامي كما ذكرنا منشؤه هو الحكم الشرعي، والذي هو خطاب الله لعباده، لذا يعد الحق منحة إلاهية مقيدة بما قيده مانحه ومشرعه، فصاحب الحق في استعماله لحقه وتصرفه فيه حريته مقيدة بما شرع له من حدود، وهذا لأن الحق في نظر الشرع ليس غاية في

حد ذاته، وإنما هو وسيلة مصلحة جزئية، وجب من باب المنطق التشريعي انسجامها عند تحقيقها مع الأصل الكلي للشرع، لأن الشريعة كلها مبنية كما قرر العلماء بالاستقراء على تحقيق مصالح العباد ودفع الفساد عنهم، وما منحها للحقوق لهم إلا لتحقيق هذا المقصد العام.

وهذا ما قرره الإمام الشاطبي بقوله: "إن وضع الشرائع إنما هو لصالح العباد في العاجل والآجل معا"[174]، ويقول الإمام ابن قيم الجوزية: "الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها وحكمة كلها"[175].

ويظهر تقييد الشريعة للحق فيما ألقت على صاحبه عند استعماله من مسؤولية أمام الله عز وجل وأمام غيره من العباد، لتحد من حريته بما يمنع الأضرار عن غيره[176]، ويظهر هذا في قوله تعالى: [**وكل إنسان الزمناه طآئره** في **عنقه**][177]، وقوله: [**من عمل صالحًا فلنفسه ومن اسآء فعليها**][178]، غير أن هذا الإستقلال للفرد ليس بمعزل عن الجماعة التي يرتبط بها في معاشه ارتباطًا يـبنى على البر والخير بما يعود بالنفع على الصالح العام، عملا بقوله تعالى: [**وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان**][179] لأن التمع في الشريعة الإسلامية كيان مستقل عن أفراده وله من الحقوق ما للفرد، فمن حق الجماعة على الفرد ألا يعبث بمصالحها تحت ستار ما منح من حقوق[180]. أي أن الفقه الإسلامي بتشريعه للمصلحة العامة أو مصلحة الجماعة كإقراره لمصلحة الفرد، وهذا مرده أن التشريع الإسلامي لم يجعل من الفرد محور تشريعه، بل هو كيان مستقل بحقوقه ومصالحه،

---

[174] الموافقات، ج2، ص6.
[175] إعلام الموقعين، ج3، ص3.
[176] أنظر: د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص74.
[177] سورة الإسراء الآية13.
[178] سورة فصلت الآية46.
[179] سورة المائدة الآية2.
[180] د. فتحي الدريني، المرجع نفسه ، ص75.

ولكن يعتبر كنقطة أساسية في بناء وإصلاح المنظومة الاجتماعية. كما أنه لم يجعل التمع أو الجماعة محور تشريعه أيضا وإنما اعتبره كذلك ككيان مستقل فراعى مصلحتها باعتبارها مصلحة جوهرية، ونسق بينها وبين مصلحة الفرد، حيث أقر عند التعارض تقديم المصلحة العامة، يقول الإمام الشاطبي: "المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع حاضر لبادي..."[181]

وعليه فإن التشريع للحق في الفقه الإسلامي يأخذ من حيث مراعاته للمصلحة طبيعة مزدوجة بمراعاته للمصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة للجماعة، وكل هذا ناشئ عن الغاية المزدوجة للفقه الإسلامي التي تدور عليها فلسفته التشريعية، وهي المصلحة الفردية والمصلحة العامة، فكان طبيعيا أن يشرع حق الفرد وحق الجماعة كوسيلتين لتحقيق تلك الغاية المزدوجة[182].

ولعل أكبر دليل على مراعاة التشريع الإسلامي للمصلحة العامة هو إقراره واعترافه بالملكية الجماعية وحمايته لها، ومن دلائل هذا أن الأراضي الزراعية إذا دخلت في حوزة الإسلام قهرا عن طريق القتال، فإنها تصبح فيئًا موقوفًا على سائر المسلمين في مختلف الأعصار والأمصار، ولا تخضع للملكية الخاصة، إلا إذا وجد الإمام أن المصلحة العامة تقتضي بتوزيعها على الأفراد فتوزع[183].

وكما في ملكية المعادن الظاهرة فإنها تخضع للملكية العامة ولا يجوز للفرد أن يستأثر بها، أما المعادن الباطنية فقد ذهب المالكية إلى أنها تخضع للملكية العامة ولا يجوز أن ينفرد بها أحد شأنها شأن الظاهرة، وذلك يجعل أمرها في يد الحاكم، فهي للدولة يتصرف الحاكم فيها حسبما تقتضيه المصلحة[184]. فقد جاء في حاشية

---

[181] الموافقات، ج2، ص350.

[182] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص148.

[183] أنظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار القلم، ط1، 1988، ج1، ص404.

[184] د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط1، 1991، ج4، ص506.

الدسوقي على الشرح الكبير: "والمعتمد أنها للإمام لأن المعادن قد يجدها شرار الناس، فلو لم يكن حكمه للإمام لأدى إلى الفتن والهرج"[185].

وكذلك ما ذهب إليه الكثير من الفقهاء المحدثين في تحديد الملكية الزراعية حفاظًا على المصلحة العامة، لأن فتح باب الملكية الفردية على واسع نطاقه قد يؤدي إلى هوة سحيقة بين أفراد الأمة في الثراء، مما يجيز للحاكم التدخل بوضع حدود على الملكية الخاصة بما يحافظ على المصلحة العامة من لحاق الضرر بها، وفي هذا يقول الشيخ علي الخفيف: "وليس في الشريعة ما يحول دون وضع هذه الحدود متى تحققت الضرورة والحاجة الملحة إلى وضعها، ولم يستقم أمر الناس إلا عليها، فإن التملك ليس إلا مكنة أو إباحة شرعها الله للناس في حدود ما بيناه، فلا يجوز أن تكون سبيلاً للضرر الفاحش الذي يطغى على ما للناس من حقوق...ومن المقرر شرعا أن على ولي الأمر أن يستجيب إلى داعي المصلحة العامة، فيحرم على الناس من المباحات ما يرى في أن الإبقاء على إباحته ضررا بالتمع ويوجب على الناس ما يرى أن في إيجابه دفع مفسدة أو جلب مصلحة للمجتمع"[186] وهو كلام مبني على مدى تقدير حصول الضرر والمفسدة، جراء استعمال صاحب الملك أو الحق حقه المباح، ويستدل على هذا بما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه من صنع الناس من أكل اللحوم يومين متتاليي من كل الأسبوع لقلته وإن قام بتنفيذ هذا المنع، فقد كان يأتي مجزرة الزبير بن العوام رضي الله عنه بالبقيع، ولم يكن بالمدينة سواها، فإن رأى من خرج على هذا المنع ضربه بالدرة ويقول: "هلا طويت بطنك يومين"[187].

---

[185] أنظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ج1، ص487. والقرافي، الذخيرة، تحقيق الأستاذ محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994، ج3، ص62.

[186] علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص39.

[187] محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص66-67.

المطلب الثالث

المبادئ التي ينبني عليها تحقيق التوازن بين المصالح عند تعارضها

خلصنا إلى أن الفقه الإسلامي في تشريعه أقر كلا من الحق الفردي والجماعي باعتبار أنه لم يجعل أحدهما محورا ومدارا لتشريعه حتى يرجح على الدوام إحدى المصلحتين ويضخمها على حساب الأخرى بحكم غاية المنفعة المنشودة كما وقع في كل من المذهبين الفردي والإجتماعي في القانون، وإنما أقر كلا من الحقين وحمى كلا المصلحتين جامعا بينهما بميزان المواءمة والتوفيق العادل، ومرد ذلك أن المصلحة المنشودة من وراء الحق أو التصرف هي في حد ذاتها من وضع الشارع، وهذا كي لا تتعسف إرادة صاحب الحق في تحقيق غايته من وراء استعماله لحقه، فالشريعة بإقرارها لكلا المصلحتين لم تكن لتهدر إحداها على حساب الأخرى لأن في ذلك إخلال بميزان العدالة، بل لابد أن يكون الحل واقعيا، وذلك بإرسائها لقواعد يمكن بها إقامة التوازن بين المصلحتين أو المصالح المتضاربة عموما على أساس من جلب المصلحة الغالبة أو درء المفسدة المساوية أو الراجحة، فإذا أمكن مراعاة ورعاية الحقين معا صير إليه وإذا تعذر التوفيق قدمت المصلحة العامة جلبا لأكبر قدر من المصلحة[188]، مع الحفاظ على مصلحة الفرد بحقه في التعويض، ويظهر مبدأ الموازنة بين الحقوق من خلال تقييد الحق الفردي بقيود هي من جوهر التشريع في حد ذاته، وذلك من منطلق البعد الأخلاقي وأثره في تشريعه، وإرساء مبدأ التكافل الإجتماعي، والعدل كمبدأ مطلق في كل شيء بما في ذلك جانب الحقوق.

---

[188] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص149.

- **أولاً : البعد الأخلاقي :** ويتجلى هذا البعد الأخلاقي من خلال تشريعاته المبنية على علل سلوكية تحمي الغير وتقيد الحق، فالشريعة إذ قيدت المصلحة المرادة بالحق، إنما القصد بها منع الإضرار بالغير، وفي منعها هذا السلوك ليس إلا لصيانة الغير في ماله وعرضه ونفسه، فكل أمر أو نهي خلقي يقيد سلوك فرد من الأفراد في ظروف معينة لم يشرع لرد الأمر والنهي بل يقصد بهذا التقييد حماية حق الغير[189]، وهذا ما دل عليه قوله ρ: ((**كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه**))[190]، فكل اعتداء على المسلم محرم، ولو كان باستعمال حق من شأنه المساس بما ذكر في الحديث.

يقول الشاطبي: "إن حق الغير محافظ عليه شرعا"[191] سواء كان الغير فردا أم جماعة.

وهذا كله مصدره قوله ρ: ((**لا ضرر ولا ضرار**))[192]، ولأجل هذا شرعت العبادات في الإسلام لتربية الوجدان الديني الذي يجعل المؤمن بالإسلام مؤتلفًا مع غيره ليتكون من ذلك مجتمع متواد متحاب، يسعى كل فرد فيه لتحقيق الصلاح لغيره قبل نفسه، ودفع الفساد بجميع صوره، وليصل التمع إلى حقيقة التكافل المنشود بين أفراده مما يبعد فكرة الحق عن معنى السلطة أو الأنانية الفردية والأثرة[193]، ومما يؤكد هذا الأثر العميق للأخلاق في الحق مما يكسبه معنى وبعدا اجتماعيا، ترك الحرية للأفراد وإباحة ترك المماثلة والمعادلة في الإقتضاء، والأخذ

---

[189] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص88.

[190] أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره، حديث رقم 2564، ج16، ص98.

[191] الموافقات، ج2، ص322.

[192] أخرجه الإمام مالك، الموطأ، رواية أبي مصعب الزهري المديني، حققه وعلّق عليه: د. ستار عواد معروف ومحمود محمد خليل، كتاب الأقضية، الباب الثامن، حديث رقم 2895، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط2، 1993، ج2، ص467.

[193] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص92.

بالفضل، والعدل والإحسان والتسامح، عملا بقوله تعالى: [**ولا تنسوا الفضل بينكم**][194]، ولقوله: [**إن الله يامر بالعدل والاحسان**][195].

إضافة إلى هذا فإن منع الكثير من التصرفات يتأسس على منافاة المبادئ الأخلاقية التي يسعى التشريع الإسلامي لإرسائها، لأنها أسباب إثارة النـزاع والخصام بين الأفراد وإن كانت تناقض مبدأ الحرية في استعمال الحقوق، لأن مراعاة الأخلاق واجب في الغاية كما في الوسيلة، وهذا كمنع بيوع الغرر بجميع صوره، وبيع الرجل على بيع أخيه وسوم الرجل على سوم أخيه والخطبة على الخطبة، فقد جاء عنه ρ: ((**لا يسم أحدكم على سوم أخيه ولا يخطب على خطبته**))[196]. ومر على صبرة من طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال: ما هذا يا صاحب الطعام؟. قال: أصابته السماء يا رسول الله. قال ρ: ((**أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني**))[197]، وقال عن الاحتكار: ((**لا يحتكر إلا خاطئ**))[198] فكل هذه التصرفات ممنوعة في ممارسة الحقوق ما منعت إلا لمنافاتها المبادئ الأخلاقية الشرعية، وإن كانت تحقق لأصحابها مصالح ومنافع، فقد جعلت الشريعة عدم الإضرار بالغير كمبدأ أخلاقي يتقيد به الفرد عند ممارسته حقه، مما يجعل ميزان الأخلاق كضابط تتوازن به الحقوق عند الممارسة والاستعمال وكل هذا منشؤه سعي الإسلام في تشريعه إلى تربية النفوس وتهذيبها بما شرعه، بوضعه نظاما أخلاقيا يسمو بروح الفرد والجماعة معا، ويترك الفرد يتقيد من تلقاء نفسه ولا يتعسف في حقه إذا كان سيؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، مهما كان، وفي هذا يقول الإمام أبو زهرة: "وإن التربية الروحية تقوم على

---

[194] سورة البقرة الآية237.

[195] سورة النحل الآية 90.

[196] أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على الخطبة، حديث رقم 1413، ج9، ص170.

[197] أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب قول النبي من غشنا فليس منا، حديث رقم 102، ج2، ص93.

[198] أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الإحتكار في الأقوات، حديث رقم 1605، ج11، ص36. وأخرجه أبو داود، سنن أبو داود، كتاب البيوع،باب النهي عن الحكرة، حديث رقم 4882، بيروت، دار الجيل، ط1، 1992، ج4، ص272.

تربية الضمير ليكون صاحبه مؤتلفًا مع الجماعة ملتقيا معهم، يؤثرها على نفسه ولو كانت به خصاصة ويحب الناس له ويكون مستجيبا لقوله ρ : ((**لا يؤمن أحدكم حتى يحب الشيء لا يحبه إلا لله**)) "[199].

- ثانيا : إرساء مبدأ التكافل الإجتماعي:

إن إرساء مبدأ التكافل الإجتماعي كحجر الزاوية في نظامه الإجتماعي من شأنه أن يخلق توازنا فذا وفريدا بين المصالح، ويعتبر كأثر ونتيجة للبعد الأخلاقي في التشريع، لأنه وكما أقررنا سابقًا فإن الإسلام نظر إلى المجتمع على أنه كيان إنساني متواصل متراحم بين أفراده، وعلى هذا فإن نظام التكافل الإجتماعي في الإسلام ينبني على أصول عامة وقواعد مستقرة خلقية وتشريعية بنى عليها نظامه التشريعي، فلقد أسس الإسلام نظام تكافله الإجتماعي على أساس من الرحمة والتي هي الغاية والمقصد من إنزال هذه الشريعة، قال الله تعالى:[**وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين**][200] والرحمة شعور في النفس يدفع صاحبه إلى مراعاة الغير، بما يمنعه من إلحاق الأذى والضرر بغيره، ولو دفعه ذلك إلى إسقاط حقه والتنازل عليه، مما يجعل مبدأ التوازن بين المصالح عند تعارضها يتأسس تلقائيا بدافع هذا الشعور. وهذا الأصل – أي الرحمة – مبناه أصل آخر ينبني عليه مبدأ التكافل الإجتماعي وهو الأخوة التي أقرها القرآن كحقيقة ثابتة في قوله تعالى: [**إنما المومنون إخوةٌ**][201] فالأخوة صلة يعيش بها الفرد مع غيره أفرادا كانوا أو جماعات تجعلها كمعيار يضبط بها كل تصرف من تصرفاته، وهذا كله بدافع الرحمة، فلئن كانت نية الإضرار إبان استعمال الفرد لحقه مما يخلّ بالتضامن الإجتماعي، فالرحمة مما يعمل على خلق هذا التضامن

---

[199] أبو زهرة، المجتمع الإنساني في ظل الإسلام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية،ط2، 1981، ص123.

[200] سورة الأنبياء الآية107.

[201] سورة الحجرات الآية10.

وتوثيقه[202]، هذا إلى جانب أصل المحبة النابع من الإيمان، فقد قال ρ: ((**لا يؤمن أحدكم** حتى يحب **لأخيه ما** يحب **لنفسه**))[203] هذا الحب الذي يدفع صاحبه إلى أن يؤثر غيره على نفسه. ولعل أكبر دليل على مبدأ التكافل الذي يجلي حقيقة علاقة الفرد بغيره يرتبط بهم ويجعل من استقلاله استقلالاً غير مطلق وهو الأمر بالتعاون على البر والتقوى ومجانبة الإثم والعدوان، بصريح منطوق قولـه تعـالى: [**وتعاونوا على البرّ والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان**][204] وعلى هذا فالمسلم مأمور بالتصرف على نحو لا يضر بغيره من الأفراد فذلك مقتضى التعاون، ولا يضر بالصالح العام، وهذا هو التصرف الذي ينطوي على المعنى الإجتماعي الذي دعا إليه الإسلام[205]، وفي المقابل فإن أي تصرف من شأنه أن يمس هذا التكافل في واسع معناه، ماديا كان أو معنويا منعه الشرع ونهى عنه ولو كان في أصله مأذونا فيه كما في بعض العقود التجارية والتي تمس مبدأ التكافل في جانبه المادي كتلقي الركبان وبيع حاضر لباد والإحتكار فمن حيث الأصل هي تصرفات مأذون فيها لما فيها من تحقيق مصالح شخصية من كسب الرزق، ودفع الحاجة، إلا أنها منعت لكونها تمس بأصل عام هو التكافل الإجتماعي لأنها تخل بمبدأ التعاون. فإنه لو أبيحت مثل هذه التصرفات بالنظر إلى أصلها وحتى ولو كان الدافع إليها مشروعا، فإنه يعتبر إباحة جلية لمبدأ التعسف في استعمال الحق من الشرع في حد ذاته، وهذا ما تنأى الشريعة عنه بأحكامها، فإنه ولما كان مآل مثل هذه التصرفات مفضيا إلى مفسدة مساوية للمصلحة الناتجة عنه أو راجحة، منعت مثل هذه التصرفات ترجيحا للمصلحة العامة. وهذا الترجيح في حد ذاته يعتبر ضابط موازنة وصورة تطبيقية لنظرية التعسف في استعمال الحق في أصل من

---

[202] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص227.

[203] أخرجه البخاري، كتاب الإيمان، باب7، حديث رقم13، ج1، ص56. وأخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب17، حديث رقم45، ج2، ص15.

[204] سورة المائدة الآية 2.

[205] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص229.

أصولها، وذلك باعتبار المآل المؤثر في التصرف أصلا دون النظر إلى البواعث والدوافع، وكل هذا درءًا للتعسف[206].

وبهذا فإن مبدأ التكافل الإجتماعي في الإسلام يعتبر كأحد ما تتقيد به الحقوق الفردية عند استعمالها، ويشكل توازنا بينها وبين حقوق الغير باعتبار مآل التصرف، فمراعاة حق الغير ومصلحته منظور إليها في كل حق فردي، مما يصبغ على الحقوق صفة اجتماعية، فكما حرم الإسلام الإضرار بالغير دون وجه حق في شتى صوره، أجاز الانتفاع بمال الغير إذا دعت الحاجة من جهة أخرى، وبهذا يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية لا تعرف الحقوق المطلقة ولا تقر استعمال الحق على وجه تعسفي أو غير اجتماعي[207].

- ثالثا : مبدأ العدل:

العدل مبدأ سامي على أساسه تستقر الأمم والتشريعات إن تفشى في جوانب تشريعها وظهر على أرض واقعها تطبيقًا، وتنهدم الأمم وتتلاشى إن غاب وفقد، فهو سبب ودافع احترام الفرد لغيره فردا أو مجتمعا، والتعدي انتقاما إذا ما اختل. وتعتبر الشريعة الإسلامية العدل محور قيام واستقرار الحياة في الأرض، فقد أوجب القرآن تحقيقه بمنطوقه الصريح في قوله تعالى: [**إن الله يامر بالعدل والإحسان**][208]، وقوله: [**إن الله يامركم أن تودوا الامانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل**][209]. غير أن مفهوم العدل في الشريعة جاء واسعا لم يحدد، ومطلقا لم يقيد ليشمل جميع جوانب الحياة. إن في جانب سريان وتطبيق أحكام الشرع، فالواجبات والمنهيات يتساوى أمامها الحاكم والمحكوم، أو العدل الإجتماعي، أي تكافؤ الفرص بين أفراد المجتمع الواحد، يعيشون عيشة كريمة في منأى عن الطبقية التي تعطي البعض كل شيء وتحرم الباقين من كل شيء. يقول الإمام ابن قيم:

---

[206] د. فتحي الدريني، المرجع نفسه ، ص233.
[207] د. محمد عبيد الكبيسي، المدخل إلى دراسة الشريعة، مرجع سابق، ص273.
[208] سورة النحل الآية90.
[209] سورة النساء الآية 58.

"فقد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له"[210].

ولأجله منح الشرع لولي الأمر سلطة التدخل في شؤون الأفراد إذا مست المصلحة العامة، لأن المساس بالمصلحة العامة معول لهدم ركيزة العدل في التمع، فلولي الأمر حمل المتقاعس على زراعة أرضه المهمِل لها إذا اقتضت المصلحة ذلك، وكل هذا منشؤه مبدأ العدل، لأن مصلحة الفقير وحقه ظاهر ومعلوم فيما تنتجه من الزرع، فضلا عن المصلحة العامة للبلاد في الثروة الوطنية، فلولي الأمر تأجيرها لغيرها بأجر المثل[211]، وليس للفرد هنا التمسك بحق في التصرف بملكيته، فهذا التدخل هو عين العدالة الإجتماعية التي تكرس حقيقة أن الحقوق في الشريعة لا تتمتع بالإطلاق، كما أنه مظهر جلي لمبدأ درء التعسف في استعمال الحق، لأن عدم الإنتفاع بالملك تعسف واضح في استعمال الحق بوجه سلبي من شأنه إلحاق الضرر بالغير. وكما في إباحة التسعير الجبري عند الإقتضاء للمصلحة لأن الأصل في التسعير الإطلاق[212]، ولكن للحاكم التدخل

فيه إن كان في تدخله حفظ المصلحة العامة وتحقيق المصلحة العامة بين الناس في الجانب المالي.

---

[210] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: مجمد حامد الفقي،بيروت،دار الكتب العلمية، ص16.

[211] أنظر: د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص113.

[212] فقد روى أبو هريرة أن رجلا جاء فقال يا رسول الله سعّر، فقال: بل أدعوا. ثم جاءه رجل فقال: يا رسول الله سعّر. فقال: ((**بل الله يخفض ويرفع، وإني لأرجوا أن ألقى الله وليس لأحد عندي مظلمة**)). فقد رأى طائفة من العلماء أن الحديث= = معلل بالمصلحة، فإذا أخلّ التسعير بالمصلحة التي ترك من أجلها وأدى إلى الضرر جاز للحاكم التدخل والتسعير. أنظر في تفصيل هذه المسألة كتاب: د. فتحي الدريني، الفقه المقارن.

قال ابن عرفة[213]: "إذا كان الإمام عدلاً ورأى التسعير مصلحة يجمع وجوه أهل السوق ذلك الشيء ويسألهم كيف يبيعون وكيف يشرون"[214] وهذا هو عين العدل في الحقوق بين الأفراد، فليس للتاجر أن يتعسف في استعمال حقه في ملكية البضاعة بأن يضع لها من السعر ما يضر به أصحاب السوق. يقول الإمام الباجي[215]: "ووجهه – أي جواز التسعير – ما يجب من النظر في المصالح العامة والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم وليس بجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون بغير السعر الذي يحدده الإمام على حساب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، لا يمنع البائع ربحا ولا يصوغ له منه ما يضر الناس"[216].

لنخلص من كل ما أوردنا إلى أن ما قيدت به الشريعة الإسلامية حقوق الأفراد ليس إلا لتوازن بين مصلحتين متضاربتين، مصلحة الفرد التي يسعى إليها ويقصد إلى تحقيقها من وراء استعمال حقه وتصرفه فيه، ومصلحة المجتمع أو غيره من الأفراد من أن لا يلحقهم أذى وضرر ومفسدة بهذا الحق المستعمل، مما يرسي هذا التقييد ببعده وجوهره الأخلاقي مبدأ ونظرية التعسف في استعمال الحق على أصولها، بوجوب درئه منعا لتحقيق المفسدة والمضرة بجميع معانيها وجوهرها، درأ ينطلق من ذاتية الفرد صاحب الحق، انطلاقا من إيمانه واعتقاده أن الحق منحة إلاهية شرعت له ليحقق بها رغباته ومنافعه، مراعيا في ذات الوقت – بدافع الإيمان – ما قيده الله عز وجل به عند تحقيق مصالحه، إن في الوسائل المستعملة أو الغايات

---

[213] **ابن عرفة**: هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي أبو عبد الله شيخ الإسلام بالمغرب ولد بتونس سنة (716هـ) وتوفي سنة (803هـ) فقيه متبحر في الفقه والأصول والنحو والتفسير والفرائض والقراءات، تولى إمامة جامع الزيتونة، من أهم مصنفاته: "الحدود في التعريفات الفقهية"، و"المبسوط". أنظر في ترجمته: شذرات الذهب، ج5، ص301. وشجرة النور الزكية، ص227.

[214] أنظر: أحمد سعيد المجيلدي، التيسير في أحكام التسعير، تحقيق: موسى لقبال، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط2، 1981، ص51.

[215] **الباجي**: هو أبو الوليد سليمان بن خلف أبو القاسم الباجي القرطبي أصله من بطليوس فانتقل جده إلى باجة قرب اشبيلية فنسب إليها، ولد سنة (403هـ) وتوفي سنة (474هـ)، من أهم مصنفاته: "المنتقى"، و"كتاب أحكام الفصول في أحكام الأصول"، و"كتاب الجرح والتعديل". أنظر في ترجمته: شمس الدين الذهبي، تذكرة الحفاظ، بيروت، دار الكتب العلمية، ج3، ص1178. ووفيات الأعيان، ج2، ص275.

[216] الباجي، المنتقى على شرح الموطأ، بيروت، دار الكتاب العربي، ط1، ج5، ص18.

المرجوة والمقصودة، لأن الأصل في الحق التقييد لا الإطلاق، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك، لأن مقصود الشارع فيها، كما تتبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقًا والمصلحة مخالفة فالعمل غير صحيح وغير مشروع"[217].

المطلب الرابع

مقارنة فكرة الحق ومنشؤها لكل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بعد كل ما ذكرناه، فإنه يمكن القول أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في نظرتهما لفكرة الحق فإنهما ينطلقان من منطلق واحد يتفقان عليه ثم يختلفان بعده اختلافًا كبيرا يظهر من خلاله جوهر تشريع كلا منهما وأصول بنائه.

- **أولاً : أوجه الإتفاق:** يتجلى اتفاقهما من خلال إقرارهما لفكرة الحق والتسليم بها، انطلاقًا من طبيعة الإنسان في كونه مفطورا على تحقيق رغبات ومتطلبات في الحياة هي غاية الحق بما اصطلح عليه باسم المصلحة، يسعى لتملكها مما في كنف الطبيعة أو مما في يد غيره، مما يرسخ فكرة الحق. كما أن القانون والفقه يتفقان أيضا على مبدأ متعلق بفكرة الحق، هو أنه لابد من قانون أو تشريع لتنظيم علاقات الأفراد، وتحديد مفاهيم الحقوق ورسم حدودها بما يحافظ على صيرورة التمع الإنساني، وذلك بتنظيم علاقات أفراده المتضاربة بحكم المصالح المتجاذبة بينهم، لذا فإن القانون أو التشريع بإختلاف مصدره سماويا كان أو وضعيا مصاحب للحق ومتعلق به بالضرورة.

---

[217] الموافقات، ج2، ص385.

- **ثانيًا : أوجه الإختلاف:** يبدأ الإختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث ينتهي إتفاقهما حول إقرار فكرة الحق، وضرورة وجود تشريع لتنظيمه، حيث وإن اتفقا في ذلك فإنهما يختلفان في نشأة الحق في حد ذاته، مما انعكس كذلك على إختلافهما في تحديد علاقة الحق بالقانون والذي من خلاله يتضح جليا الفرق بينهما من حيث جوهر التشريع باختلاف المصدر والمنبع، ويمكن حصر أوجه الإختلاف وأثره في جوهر تشريع كل منهما فيما يلي:

1. **منشأ الحق وأثره** في **اثبات وتغيير أصول التشريع**: لقد عرف القانون في تحديد منشأ الحق ظهور نزعتين متناقضتين – كما أسلفنا – تبنى كل منهما على نقيض الأخرى، نزعة فردية ترى أن الفرد نشأ منعزلاً متمتعا بحقوق مطلقة تعكس مظهر حرية إرادته، وهذا التصور الفلسفي الخيالي المتطرف الناشئ على تأمل مجرد، أدى إلى ظهور نزعة أخرى لا تقل في تطرفها ومغالاتها عن النزعة الأولى بنت فكرة الحق على ما أسمته بالتضامن الاجتماعي، والذي أقصى بموجبه حقوق الفرد تماما، حيث عدة هذه النزعة الفرد وجوده مسخر لخدمة مصالح الجماعة بناءا على أن التضامن أساس الحياة، فلا وجود في نظرها لما يسمى بمصلحة الفرد، وعلى هذا التناقض بين النـزعتين، يتجلى وبوضوح حقيقة أنهما ليس إلا مظهرا للإرادة الإنسانية المتغيرة بفعل دوافع وعوامل كثيرة اقتصادية واجتماعية تجعلها تهدم وتعود بالنقض على ما تعتبره أصولاً لأفكارها، لتؤسس لأصول جديدة لا تعتبر في حقيقتها إلا صدى لتلك العوامل، وكل هذا لأن تشريع القانون الوضعي ناشئ عن اجتهادات إنسانية يحكمها التغير بدافع تلك العوامل، لذا يعتبر القانون كائن حي يتأثر ويتغير.

وهذا خلافه ما يمكن قوله عن الفقه الإسلامي وتصوره لفكرة الحق، حيث أنه فقه غير ناشئ عن فكرة فلسفية هي نتاج تأملات عقلية مجردة، بل هو فقه مستمد من رسالة سماوية أقرته، تقيمه على أصول تشريعية ثابتة في القرآن والسنة وما بني

عليهما من أدلة أخرى، مما يجعل تشريعه وأحكامه في منأى عن الخضوع لسلطان الهوى، وهذا ما أقرته آيات كثيرة كما جاء في قوله تعالى: [**وأنزلنآ إليك الكتاب بالحقّ مصدِّقا** لما بين **يديه من الكتاب ومهيمنًا عليه فاحكم بينهم بمآ أنزل الله ولا تتبع اهوآءهم عما جآءك من الحقّ**][218]، وقوله عز وجل: [**ولئن اتبعت أهوآءهم مِّن بعد ما جآءك من العلم إنك إذا لمن الظالمين**][219]، وقوله: [**ولئن اتبعت أهوآءهم بعد الذي جآءك من العلم مالك من الله من ولي ولا نصير**][220] وصرح أن الهوى يؤدي إلى فساد العالم فقال تعالى: [**ولو اتبع الحق أهوآءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن**][221].

وقد تجلى هذا الثبات في تصور الفقه الإسلامي وإقراره لفكرة الحق، حيث لا نجده يبقي ويقر فكرة الحق ويؤيدها كدعامة أساسية في تنظيمه التشريعي، ثم لا يلبث حتى تأثير ظروف موقوتة ومستحدثة، أن يأتي عليها ويلغيها جملة، مما يؤدي إلى تناقض في أسس تشريعه العامة، تخل بمعالم الحياة في المتمع وتقويض نظامه جملة، ونتيجة ذلك ظلم يحيق بحياة الأفراد ومقدراتهم مما يعسر محوه وإعادة العدالة إلى نصابها في فترة وجيزة[222].

وبهذا الثبات للفقه الإسلامي في تصوره للحق يكون قد نزع نزعة وسطية، بعيدة عن التطرف الذي وقع فيه أصحاب النزعتين الفردية والجماعية، والوسطية صفة أقرها القرآن في قوله تعالى: [**وكذلك جعلناكم أمة وسطًا لِّتكونوا شهدآء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدًا**][223]، والوسط في اللغة العرب الخيار،

---

[218] سورة المائدة الآية 48.
[219] سورة البقرة الآية 145.
[220] سورة البقرة الآية 120.
[221] سورة المؤمنون الآية 71.
[222] أنظر: د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص66.
[223] سورة البقرة الآية 143.

يقال: فلان وسط في قومه إذا أرادوا الرفع في حسبه، ولذلك جاء تفسير الوسط بالعدل، لأن خيار الناس عدولهم[224].

لذا نجد الفقه الإسلامي قد راعى في تشريعه كلا من حقوق الفرد والجماعة، ووازن بينهما بالتوفيق بين مصالحهما، وقد أقام هذا التوازن على أساس نظام قويم، لذا توصف نزعة الفقه الإسلامي في هذا بأنها نزعة توفيقية تروم التوفيق بين مصلحة الفرد والمصلحة العامة على مقتضى من العدل والحكمة والمنطق التشريعي السليم[225]، وهذا مرده أن مصالح الحقوق المشروعة من وضع الشارع، وهذا باعتبار ما ذكرناه سابقًا في أن الحق منشؤه الحكم الشرعي، ومن أن أحكام الشريعة مبنية على غايات ومقاصد هي المصلحة، مما يجعل الحق في الفقه الإسلامي وسيلة لتحقيق المصلحة التي شرع من أجلها لا غاية في حد ذاته، يقول الإمام الشاطبي في هذا: "أن كون المصلحة مصلحة تقصد بالحكم والمنفعة كذلك مما يختص بالشارع لا مجال للعقل فيه، بناء على قاعدة نفي التحسين والتقبيح، فإذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة فهو الواضع لهاته المصلحة، وإلا فكان يمكن عقلا ألا تكون كذلك"[226].

2. **مدى تأثير الواقع** في **كل من الفقه والقانون:** إنطلاقا من النـزعتين الفردية والجماعية،فإنه يمكن القول أن القانون وفقهاؤه تعاطوا مع الواقع على طرفي نقيض، إذ نجد أن المذهب الفردي بناءًا على فكرة الحق المطلق للإنسان فإن القانون أو القواعد القانونية ترجع إلى ما يختاره العقل من المثل العليا دون نظر لواقع التمع. وعبر عنه هذا القانون في بادئ الأمر بالقانون الطبيعي، وزعم أنه قانون أبدي صالح لكل زمان ومكان، ليثبت بذلك مثالية مفرطة في تصوره. في حين نجد أن المذهب

---

[224] أنظر تفسير ابن جرير الطبري، ج2، ص7.

[225] أنظر: د. محمد عبيد الكبيسي، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص277.

[226] الموافقات، ج2، ص315.

الاجتماعي وبتأسسه على فكرة التضامن الاجتماعي وسعيه إلى تكريس مصلحة الجماعة وفقط فإن القانون في نظره ليس أكثر من تقرير لما في الواقع، ينبني على أساس المشاهدة والتجربة، مجرد من أي قيم ومثل أخلاقية، شأنه شأن العلوم التجريبية، وعليه فإن القاعدة القانونية عندهم لا تقول افعل هذا لأنه خير أو نافع، بل تقول: افعل هذا لأنه كائن، وهذا فيه إغفال تام لحقيقة وظيفة القانون[227].

أما الفقه الإسلامي وباعتبار ألوهية المصدر، فإن تشريعه بعيد كل البعد من أن يكون خاضعا للواقع في تشريعه لكل شيء مما لا يجعله فقها ناشئا عن الهوى، فقد نفى القرآن هذا نفيا صريحا بما أوردناه سالفا من الآيات التي تحارب الأهواء واتباعها، وتتوعد متتبعها، وإنما هو فقه يراعي واقع الناس مراعاة تقويم وتعديل فما كان صالحا يقره، وما كان منه فاسدا ألغاه، ولا أدل على هذا مراعاته للعرف واعتماده مصدرا من مصادر التشريع عند أغلب الفقهاء، مالم يكن مخالفا للشرع، وهذا ما تعامل به الإسلام في تشريعه مع واقع التمع الجاهلي عند مجيئه[228]. مما يجعل الحقوق داخل التمع تتأسس على أساس من العدالة بقصرها على ما يحقق المصلحة فردية كانت أو جماعية، ومنع أي تصرف من شأنه أن يكون ذريعة إلى حصول مفسدة ولو كان التصرف في حق ثابت لصاحبه، وفي هذا يقول الدكتور فتحي الدريني واصفا الفقه الإسلامي: "...بل هو فقه تقويمي يعتمد في قواعده على مصادر سماوية تجعل للمثل العليا والكمالات الخلقية المقام الأول في تشريعها، وإن لنرى هذا المزج بين قواعد الحق والتشريع واضحا في أحكامه، إذ تراه يجمع فيها العدل والإحسان والإقتضاء والتسامح والمقاصة والعفو، ويدعوا إلى التعاون على البر، ومجانبة الإثم والعدوان"[229]. وهذا ما دل عليه قول الله تعالى: [**إن الله**

---

[227] أنظر: مصطفى شلبي، المثالية والواقعية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص17.

[228] أنظر في هذا ما ورد من أمثلة، د. مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص25.

[229] وقد أورد بعد هذا جملة من الأمثلة لأحكام شرعية تؤكد وتثبت ما وصف به الفقه الإسلامي. أنظر في هذا كتابه: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص78.

يامر بالعدل والإحسان وإيتآء ذي القربى وينهى عن الفحشآء والمنكر والبغي][230].

[230] سورة النحل الآية90.

المبحث الثالث

حقيقة التعسف ومفهومه

عرفنا مما سبق ذكره أن الحق اختصاص يخول لصاحبه سلطان على الشيء اقتضاء أو أداء من شخص معين قصد تحقيق مصلحة مقصودة شرعا أي جديرة بالرعاية والاعتبار سواء كانت مصلحة فردية أو عامة، لأن الفقه الإسلامي يراعي كلا من المصلحتين بإقراره لكل من الفرد والجماعة حقوقه. غير أنه نظر إلى الحق نظرة اجتماعية قيد بموجبها الفرد عند استعمال حقه بقيود بناها على أساس بعد أخلاقي هي في حد ذاتها مبادئ التشريع العام، كل هذا حتى لا ينجر ولا ينجم عن استعمال الحقوق غير ما قصدت به أي المصلحة، لذا رأينا أن التصرف أو استعمال الحق يمنع إذا كان من شأنه إلحاق ضرر بالغير فردا أو جماعة، ويصبح به الحق اختصاص غير مشروع لكون المصلحة المقصودة به مصلحة غير مشروعة مادامت تحقق ضررا للغير، لأن منع الضرر ودرء المفسدة مقصودين شرعا، فنجده منع الإحتكار وغيره من العقود المحققة ضررا للغير وأباح تقييد الملكية بما تحقق من المصلحة لأن حق الغير محافظ عليه شرعا.

وبناءًا على أساس مفهوم الحق وبعده الإجتماعي في نظر الفقه الإسلامي وأساس اعتبار المصلحة بضوابطها الشرعية وحقيقتها وخصائصها مما يجب أن يتقيد به الحق عند استعماله باعتبارها المقصد من استعمال الحق، تجد نظرية التعسف في استعمال الحق واسع معناها في الفقه الإسلامي من خلال هذين الأساسين وما بنيا عليه اعتمادا على الأسس العامة للتشريع الإسلامي، لأن نظرية الحق تعتبر أحد وجوه التشريع الإسلامي فيما بني عليه من فلسفة واضحة، لذا فإنها تكون قد تبلورت في الفقه الإسلامي كنظرية متكاملة على أيدي الفقهاء المعاصرين بناءًا على ما خلفه الفقهاء القدامى من جزئيات وتفريعات لها مما تناثر في الفروع الفقهية.

المطلب الأول
فكرة التعسف في الفقه الإسـلامي

ينطلق الفقه الإسلامي في تصوره لحقيقة التعسف في استعمال الحق من نظرته الإجتماعية للحق حين قيده من حيث وسائل استعماله أو ما يقصد به من مصالح بالنسبة لصاحبه أو بالنسبة للغير فردا كان أو جماعة بقيود مؤداها المحافظة على مقصود الشرع، والمحافظة على حق الغير، لأن الحق في الفقه الإسلامي يأخذ صفة مزدوجة فردية واجتماعية، وائم الشرع بينهما ووازن بضوابط هي عين العدالة وحقيقتها، حيث أقر عند التعارض واستحالة التوفيق بينهما تقديم المصلحة العامة مع التعويض العادل للفرد، وكل هذا سدا لأي طريق وقطعا لأي وسيلة قد تؤدي إلى لحوق الضرر أو مضرة بالغير، وعلى هذا اعتبر الحق في الفقه الإسلامي منحة إلاهية وهذا ليتصف بصفة المشروعية من حيث الوسيلة والمقصد، أي المصلحة المرجوة من استعمال الحق والتصرف فيه، فليست المصلحة في الشرع مجرد المنفعة والفائدة الشخصية المحضة المشروعة التي يجنيها صاحب الحق كثمرة لاستعمال حقه دائما وإنما المراد بها تلك التي رسمها الشارع وأقرها للحق، إقرارا يبنى على عدم معارضتها لمصالح أخرى أرجح منها، لذا فإن أي مصلحة ولو كانت مشروعة في الأصل إذا عارضت مصلحة أخرى أصبحت غير معتبرة شرعا وذلك لإفضائها إلى مفسدة أو مضرة كما يقول الإمام العز بن عبد السلام: "فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة"[231]، لذا فإن المصلحة والتي هي غاية الحق الفردي لا تبقى على أصلها من المشروعية إلا إذا اتسقت مع التنظيم الشرعي العام بأن لم تتناقض مع قواعده الشرعية العامة وهو جوهر ولب فكرة

[231] قواعد الأحكام، ج1، ص83.

التعسف في استعمال الحق[232]، أي العمل على تحقيق المصلحة الخاصة دون النظر إلى ما سيؤول عنه من مضرة مادام العمل مشروعا موصوفًا بكونه حقًا، ولو تناقض في مقصوده ومآله مع روح الشريعة ومقصدها.

ولا يفهم من هذا أن الفقه الإسلامي ذا نزعة جماعية مطلقة تجعل الفرد مجرد آلة لخدمة مصالح الجماعة فحسب، وإنما كما وضحنا سابقًا فإن منشأ فكرة التعسف في استعمال الحق فيه واستوائها على أصولها نابع من صفته المزدوجة في إقراره للحقوق فردية وجماعية، غير أنه حمى وحافظ على حقوق الصالح العام والجماعة بما قيد به الحق الفردي بقيود في مجملها وبعدها قيود أخلاقية، وذلك ليحافظ على الحق الفردي ومصالح الفرد في حد ذاته وتجعله يحمي من تلقاء ذاته الحق العام عند استعماله لحقوقه والسعي لتحقيق مصالحه، ولكن عند التعارض أي إذا أفضى الحق الفردي إلى إلحاق مضرة أكيدة راجحة لم يعتبر هذا الحق مشروعا وليس لصاحبه أن يتمسك بمبدأ مشروعية الفعل لأن هذا عين التعسف الذي درأه الشرع حينما شرع الحقوق حيث لم يشرعها لتكون مصدرا لمفاسد راجحة لأن أساس بناء الشريعة كما أقر ذلك العلماء جلب المصالح ودرء المفاسد.

وعلى هذا فالحق الشخصي في الشريعة الإسلامية لا يكفي في مشروعية استعماله أن تتحقق المصلحة الشخصية التي شرع من أجلها، بلا يجب مع هذا ألا يختل التوازن بينه وبين مصلحة خاصة أخرى هي في الشرع أشد رعاية، أو بين مصلحة الجماعة بحيث لا يفضي استعماله إلى مفاسد راجحة في الحالتين[233].

وعليه فإن فكرة التعسف في استعمال الحق قد ارتبطت بالفقه الإسلامي ارتباط وجود حيث أن الحقوق كما وضحنا سابقًا تعتبر بمنظور الفقه الإسلامي منحا إلاهية قصد تحقيق مصالح مرجوة فردية كانت أو عامة، وأرسى في ذات

---

[232] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط2، 1977، ص80.

[233] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص83.

الوقت ميزان العدل بينهما في حال تعارضهما من خلال ما وضعه من قيود قيد بها الحق الشخصي للفرد باعتبار أنه ليس حقا مطلقًا، وإنما حق فطري شرعه له من فطره وخلقه وهو الله عز وجل. بل هو ميزان كذلك عادل بين الحقوق الفردية فيما بينها باعتبار رجحان المفسدة عن المصلحة المرجوة، وعليه فإن حرص الفقه الإسلامي في تشريعه للحقوق على مبدأ التوازن وعدم الإخلال به عند استعمالها، يؤسس وبكل وضوح لنظرية التعسف في استعمال الحق، إذ لو كان فقها يقوم على أساس تقديس الفرد وجعله محور تشريعه لما منع الفرد من استعمال أي حق بأي وجه يريده ومن غير أي قيد، فله مطلق التصرف في استعمال حقه لا يحده إلا ما يعرف بالآداب العامة فحسب ولو كان فقها بنى تشريعه على أساس الجماعة فحسب حيث يتحول الفرد إلى مجرد آلة وأداة لتحقيق مصالح غيره من الجماعة ولو على حساب مصالحه الشخصية، فلو استعمل حقا لتحقيق مصلحة شخصية فطرية كان متعديا، لما منح له حقوقا خاصة به لتحقيق مصالحه، فلو كان الفقه الإسلامي على أحد هذين الوجهين في تشريعه فلا مبرر ولا معنى لنظرية التعسف فيه والأخذ بها، فعلى الوجه الأول لا يعتبر متعسفا لكونه يستعمل الحق في حدود ما شرع له من حرية مطلقة، وعلى الحال الثاني يعتبر متعديا متجاوزا إلى حق غير مشروع له أصلاً، بينما التعسف يتأسس عند الإقرار بالحقين معا ويساؤ استعمالهما بما يلحق ضررا بالجماعة إذا كان الحق فرديا مستعملاً، أو بالفرد كأن تستعمل السلطة حقًا لها يلحق ضررا بفرد من الأفراد ليس فيه مصلحة راجحة، وهذا ما هو عليه الشأن في الفقه الإسلامي، ولعل أحكامه في مجال الملكية وما قيده بها لأظهر دليل على تأسيس نظرية التعسف فيه.

- أولاً : التعسف عند الفقهاء القدامى:

لم تكن كلمة التعسف أو كلمة إساءة في استعمال الحق معروفة لدى الفقهاء القـدامى

بلفظها فلم يرد هذا اللفظ في تعبيراتهم، وإنما هو تعبير وافد من فقهاء القانون المحدثين في الغرب.

عند ترجمة كلمة L'abus des droits فكلمة L'abus ترجمت إلى إساءة، ولكن درج فقهاء القانون العرب على استعمال كلمة تعسف، في حين آثر بعضهم استعمال كلمة إساءة[234] وإن كان قد ورد لفظ الإستعمال المذموم فيما قاله الشاطبي بصدد كلامه في استعمال المباح: "فلم يزل أصل المباح وإن كان مغمورا تحت أوصاف الإكتساب والاستعمال المذموم"[235] تعبيرا منه عن الإساءة أو التعسف في استعمال الحق بالمعنى الحالي له.

كما وردت كلمة المضارة في الحقوق وذلك مما أورده الإمام ابن قيم في معرض حديثه وبحثه في قضية سمرة بن جندب وتعسفه في الدخول إلى بستان الأنصاري ليصل إلى نخلته التي قضى بعد ذلك رسول الله ρ بقلعها دفعا لمضارته صاحب البستان[236]، وتعد هذه الواقعة أصلا تأسيسيا لنظرية التعسف في الفقه الإسلامي إذا أدى الحق وأفضى إلى ضرر بالغير.

هذا ونجد الفقهاء في اجتهاداتهم وفتاويهم في الفروع الفقهية قد طبقوا حقيقة هذه النظرية بمنع تصرفات جائزة مشروعة إذا حادت عن الغرض الذي من أجله شرعت وأفضت إلى ضرر، وهذا هو عين التعسف وذلك من خلال اجتهادات كل مذهب من المذاهب الفقهية.

---

[234] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص45-46.

[235] الموافقات، ج3، ص219.

[236] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص264.

1. نظرية التعسف في مذهب الإمـام مـالك[237]:

يقوم مذهب الإمام مالك على فكرة وجوب حفظ التوازن بين حقوق الأفراد إذا دعت مصلحة الجماعة إلى ذلك، ويمكن تأسيس خذا الفكرة على المبادئ الثلاثة[238] التالية و التي تعد جوهر ولب التعسف في إستعمال الحق:

- لا يجوز استعمال الحق إلا لتحقيق الغرض الذي وجد من أجله هذا الحق، ويتجلى تطبيقه في حد الإمام مالك من ولاية الأب على مال ولده الصغير لأن هذا الحق لم يعط له إلا لحماية مصلحة الولد. فإذا تنكب الأب عن هذه المصلحة وحاد عن غرض هذه الولاية عد بذلك تعسفًا رد عليه ولا يترتب على عمله أي أثر. يقول الإمام مالك في المدونة الكبرى: "(قلت) هل يجوز أن يقاسم على الولد الصغير الدور أو العقار أبوه أو وصي أبيه (قال الإمام عبد الرحمن بن القاسم): ذلك جائز عن مالك.(قلت) أرأيت لو أن صبيا صغيرا في حجر أبيه ورث على أمه مورثًا أو من غير أمه مورثًا فقاسم الأب لأبنه الصغير فحابى أيجوز ذلك على الصغير وقد حابى الأب شركاءه (قال) قال مالك لا تجوز هبة الأب مالاً لأبنه الصغير ولا يتصدق بمال ابنه الصغير كذلك المحاباة أيضا لا تجوز"[239].
- يعتبر استعمال الحق غير مشروع إذا تولد عنه ضرر غير عادي، وذلك كما في تنظيم العلاقات الناشئة عن الجوار فإذا أدى استعمال الحق إلى إلحاق ضرر غير عاد وجب منع صاحبه من استعماله، فقد جاء في المدونة: "أرأيت لو كان لي عرصة إلى جانب دور قوم فأردت أحدث في تلك العرصة حماما أو فرنا أو

---

[237] **الإمام مالك**: هو مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمروا بن الحارث الإمام الحافظ إمام دار الهجرة، إليه ينسب المذهب المالكي، ولد سنة (92هـ) وتوفي سنة (179هـ). أنظر في ترجمته: تذكرة الحفاظ، ج1، ص208.

[238] أنظر في هذا: نظرية التعسف في استعمال الملكية، د. أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، ط17، القاهرة، 1947، ص838. نقلا عن د. محمود فتحي، التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، سنة 1912.

[239] المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، بيروت، دار صادر، ج5، ص493.

موضعا لرحى فأبى علي الجيران ذلك، أيكون لهم أن يمنعوني في قول مالك. (قال) إن كان ما يحدث ضررا على الجيران من الدخان وما أشبه فلهم أن يمنعوك من ذلك لأن مالك قال بمنع من ضرر جاره فإن كان هذا ضررا منع من ذلك"[240].

- لا يسوغ استعمال الحق لا للحصول على منفعة بل للإضرار بالغير، ويتجلى هذا المبدأ منع المالك من التعسف في استعمال ملكه بما يلحق الضرر بالغير ضررا دون أن يعود عليه بنفع، جاء في المدونة: "(قال) سمعت مالكا يقول وسئل عن رجل له أرض وحواليه زرع للناس في أرضهم فأراد صاحب تلك الأرض أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم (قال) إن كان ذلك يفسد زرعهم فلهم أن يمنعوه"[241].

2.نظرية التعسف في مذهب الإمـام أبا حنيـفة[242]:

على غرار المبادئ الثلاثة التي تأسست عليها فكرة التعسف في المذهب الإمام مالك أسس الفقه الحنفي لنظرية التعسف، وإن كان الإمام أبا حنيفة قد نظر إلى الحق نظرة مطلقة معللاً ذلك بأنه مادام الجواز مقررا فالضمان منتفي، فالقاعدة عنده « الجواز الشرعي ينافي الضمان »[243] أي أنه أخذ بنظرية الحق المطلق، فللفرد استعمال حقه بحرية دون الإلتفات إلى غاية الحق وأهدافه، ومما يبدوا فإن

---

[240] المدونة الكبرى، ج5، ص529.

[241] المدونة الكبرى، ج6، ص194-195.

[242] **أبو حنيفة**: هو فقيه العراق النعمان بن ثابت بن زوطا التيمي الكوفي ولد سنة (80هـ) كان إماما ورعًا عاملاً متعبدًا كبير شأن لا يقبل جوائز السلطان، وإليه ينسب المذهب الحنفي. أنظر في ترجمته: تذكرة الحفاظ، ج1، ص168.

[243] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، بيروت، دار الجيل، ط1، 1991، المادة91، ج5، ص92.

هذا الرأي محصور فقط في استعمال حق الملكية لأنه مع هذا الإطلاق فإن استعمال الحق مقيد بشرط أن يكون استعماله في حدوده الشرعية، أما إذا تعداها إلى حقوق الغير على الفاعل المعتدي، إذ في التعدي خروج عن استعمال الحق في حدوده المعينة المشروعة.[244]

وبالرغم من هذا الإتجاه فقد أسس الفقه الحنفي وبالأخص على يدي صاحبي أبا حنيفة محمد[245] وأبو يوسف[246] نظرية التعسف على مبادئ مشابهة لمبادئ المذهب المالكي وهي:[247]

- يجب استعمال الحق طبقًا للغرض منه: كما في ولاية الأب أو الولي على القاصر، فإن هذا المبدأ وضع ليحد من التوسع في هذه الولاية، لأن هذا الحق لم يمنح للولي أو الوكيل إلا لتحقيق غرض معين هو رعاية مصالح القاصر أو الموكل، فإن خرجوا على هذا الغرض اعتبر عملهم تعسفًا وكان عديم الأثر من الناحية القانونية.
- استعمال الحق يعتبر غير مشروع إذا تولد عنه ضرر غير عاد فلا يجوز للمالك اتخاذ ملكه واستعماله بما يضر بالجيران ضررا ظاهرا أي فاحشا لا يمكن التحرز منه استحسانا لأجل المصلحة، وإن كان القياس الظاهر يجيزه لكونه تصرف في الملك ومن ذلك لو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين

---

[244] أنظر: د. عبد السلام التونجي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس، ليبيا، ط1، 1994، ص235.

[245] **محمد بن الحسن**: هو أبو عبد الله بن الحسن بن فرقد الشيباني نشأ بالكوفة، ولد سنة (135هـ) وتوفي سنة (189هـ) تفقه على يد أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، صنف كتبا كثيرة منها: "الجامع الكبير والجامع الصغير"، و"المخارج في الحيل". أنظر في ترجمته: وفيات الأعيان، ج4، ص184. وأنظر: الزركلي، الأعلام، ج6، ص80.

[246] **أبو يوسف**: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي أبو يوسف صاحب أبا حنيفة وتلميذه وأول من نشر مذهبه، ولد سنة (113هـ) وتوفي سنة (182هـ) فقيه عالم حافظ، سكن ببغداد وتولى القضاء بها وهو أول من دعي بقاضي القضاة، من مؤلفاته: "كتاب الخراج"، و"أدب القاضي"، "الأمالي في الفقه". أنظر في ترجمته: وفيات الأعيان، ج6، ص378. سير أعلام النبلاء، ج8، ص535. وأنظر: د. شعبان محمد إسماعيل، أصول الفقه تاريخه ورجاله، الرياض، دار المريخ للنشر، ط1، 1981، ص54.

[247] أنظر هذه المبادئ: د. أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد، مرجع سابق، ص85-86.

أو رحا للطحن للقصارين لم يجز ذلك لأن ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا لا يمكن التحرز عنه، والقياس أنه يجوز لأنه تصرف في ملكه وترك ذلك استحسانا لأجل المصلحة[248]

- لا يسوغ استعمال الحق للأضرار بالغير: وذلك كما في الحد من حق الفرد في إحياء الأراضي الموات إذا ما أدت وترتب عليها ضرر للغير حيث يرى الإمام أبا حنيفة وصاحباه أنها من الملك العام أي مما يدخل في ولاية الإمام العامة، فالملك في الموات يثبت بالإحياء بإذن الإمام[249] وقد قيد الإمام أبو يوسف هذا بأن لا يترتب عن ذلك أي ضرر لأحد حيث يقول: "أما أنا فأرى إذا لم يكن فيه ضرر لأحد ولا لأحد فيه خصومة أن إذن رسول الله جائز إلى يوم القيامة، فإذا جاء الضرر فهو على الحديث: ((**وليس لعرق ظالم حق**))" [250].

ومجمل ما جاء في المذهب المالكي وما استقر عليه متأخروا الحنفية حول نظرية التعسف من خلال المبادئ التي أسست عليها النظرية مما تناثر في الفروع الفقهية في كل منهما، أن كلاهما ينظر إلى الحق أنه وسيلة إلى تحقيق غاية ومقصد، فإذا انحرف صاحب الحق عن هذه الغاية وتجاهلها بأن استعمل حقه وكان يلحق ضررا بغيره عند استعماله عد عمله تعسفًا وجب درؤه درأ للمفسدة الناشئة عليه ولا يترتب على هذا التصرف أي أثر قانوني.

2. نظرية التعسف في مذهب الإمـام الشافعي[251]:

---

[248] أنظر الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنـز الدقائق، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج4، ص196.

[249] الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، ج6، ص194.

[250] أبو يوسف، كتاب الخراج، بيروت، لبنان، دار المعرفة، ص64.

[251] **الشافعي**: هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس الشافعي، ولد في غزة بفلسطين سنة (150هـ) وتوفي بالقاهرة سنـة (204هـ)، عالم فقيه وهو أول من تكلم في علم أصول الفقه، إليه ينسب المذهب الشافعي، قال عنه المبرد: "كان أشعر الناس وآدبهم وأعرفهم بالفقه والقراءات، من مؤلفاته: "الرسالة"، "الأم"، و"أحكام القرآن". أنظر في ترجمته: وفيات الأعيان، ج4، ص163. وأنظر كذلك: الزركلي، الأعلام، ج6، ص26.

لم تحظ فكرة التعسف في استعمال الحق قبولا لدى الإمام الشافعي، الذي ذهب إلى القول بإطلاق الحقوق لأصحابها في استعمالهم، ولو لم يكن له نفع في ذلك بل ولو ترتب على عمله ضرر للغير[252]، وذلك لكون الشافعي لا يعتد بالقصد والنية والدافع لاستحالة معرفتها، ويقتصر على الحكم على ظواهر الأفعال والتصرفات مادامت مستوفية لشروط المشروعية الكاملة. فيقول: "أصلا ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع"[253] غير أن هذا الرأي لقي معارضة في المذهب بما ذهب إليه فقهاؤه بعد الإمام الشافعي، فنجد الإمام الغزالي الذي لم يقل بإطلاق الحقوق والحكم على الأعمال والتصرفات بحكم الظاهر دون النية والقصد والغاية، لأن الحقوق لم تمنح وتعط إلا لغاية معينة وغرض، وعليه يحكم على التصرف بناء على هذا القصد والغرض منه، وعلى أساس هذه الفكرة بحث الغزالي مختلف الحقوق كحق الزواج والطلاق وحق التعاقد وحقوق الجوار[254]. هذه الأخيرة التي منع بموجبها تصرفات في الملك من شأنها إيذاء الجار والإضرار به عددها بقوله: "ألا يتطلع من السطح إلى عوراته ولا يضايقه في وضع الجذع على جداره ولا في مصب الماء في ميزابه ولا في مطرح التراب في فنائه ولا يضيق طريقه إلى الدار..."[255]

فالإمام الغزالي استعان بالبعد الديني والأخلاقي في أثره في الأحكام الشرعية وراعاها للتضييق والتقييد من نطاق الحقوق والحث على استعمالها بحسب الغاية منها مخالفًا بذلك رأي الإمام الشافعي الذي ذهب إلى القول بإطلاق الحقوق، وقد

---

[252] أنظر، د. أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد، مرجع سابق، ص87.

[253] الشافعي، الأم، بيروت، دار المعرفة، ج3، ص74.

[254] د. أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد، مرجع سابق، ص88.

[255] الغزالي، إحياء علوم الدين، بيروت، دار الكتب العلمية،1996، ج2، ص233.

أصبحت هذه الفكرة التي أرساها الإمام الغزالي مبدأ أسس عليها من أتى بعده من الفقهاء مبدأ قانونيا الغرض منه تحريم التعسف وسوء استعمال الحق.[256]

3. **نظريـة التعسف** في **مذهب الإمـام أحمد بن حنبل**[257]**:**

على وفق ما استقر عليه الإمام الغزالي في المذهب الشافعي أخذ الإمام ابن قيم الجوزية بمبدأ نسبية الحقوق وعدم الإقتصار على ظاهر التصرف وشكله دون مراعاة الغرض والقصد منه، وجعل مشروعية التصرف واستعمال الحق متوقف على الغرض منه، وذلك لما سيؤول إليه إطلاق الحقوق من ظلم وتفويت للعدالة، معتمدا في ذلك على قوله ρ: ((**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى**)) وفي هذا يقول الإمام بن قيم الجوزية: "الأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها وأنه ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله إلا ما نواه وأبطنه لا ما أعلنه وأظهره، وهذا نص في أن من نوى التحليل كان محللا ومن نوى الربا بعقد التبايع كان مرابيا"[258].

ويقول: "القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا الغاءًا لما يجب اعتباره واعتبارا لما يجب إلغاؤه"[259]. أي أن التصرفات تعتبر شرعا بحسب مقصد وغاية صاحبها، فإن قصد بها غير ما شرع أو قصد بها مضرة أو مفسدة لا يعتبر التصرف مشروعا لعدم مشروعية القصد والغاية، وهي جوهر نظرية التعسف.

---

[256] أنظر: د. أنور سلطان، المرجع نفسه ، ص88.

[257] **أحمد بن حنبل**: هو شيخ الإسلام وسيد المسلمين في عصره الحجة أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني المروزي، ولد سنة (164هـ) وتوفي سنة (240هـ)، كان إمام المحدثين صنف كتاب المسند، وكان من أصحاب الإمام الشافعي، أخذ عنه الإمام البخاري ومسلم والنيسابوري الحديث، وإليه ينسب المذهب الحنبلي. أنظر في ترجمته: تذكرة الحفاظ، ج2، ص431. وسير أعلام النبلاء، ج11، ص178، ووفيات الأعيان، ج1، ص63.

[258] إعلام الموقعين، ج3، ص164.

[259] إعلام الموقعين، ج3، ص82.

ونخلص من مجمل ما ورد من أراء وفروع فقهية فيما ذكرنا، في المذاهب الفقهية من أحكام تتعلق بالتصرفات واستعمال الحقوق وإجماع أغلب العلماء على مبدأ نسبية الحقوق ووجوب استعمالها بوجه مشروع شكلاً ومظهرا وقصدا وغاية، إلى حقيقة استقرار واستواء فكرة التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي على أصولها وإن لم تكن تسمى باسمها إلا أنها استقرت وفق معايير ثابتة من خلال ما ذكرنا، وهي معايير جعلتها تتأسس كنظرية متكاملة فيما بعد على أيدي الفقهاء تقوم على ضوابط وأسس تنحصر فيما يلي[260]:

1. يجب استعمال الحق بحسب الغرض منه
2. يعتبر صاحب الحق قد تعسف في استعمال حقه:
   - إذا قصد بعمله الإضرار بالغير.
   - إذا لم يترتب على عمله نفع له وتولد عنه ضرر للغير.
   - إذا نتج عنه ضرر عام للمجتمع (كحالة الإحتكار).
   - إذا أصاب الغير من جراء العمل ضرر غير عادي.

وبناء على هذه الضوابط التي يحكم بها على التصرف واستعمال الحق بكونه تعسفًا، تحددت أكثر معايير النظرية، حيث نجد من هذه الضوابط ما يستند إلى معيار موضوعي، وبعضها إلى معيار ذاتي شخصي.

- ثانيـا : التـعسف عند الفقهاء المعاصرين:

بناءا على ما استقر عليه فقه المذاهب مما ذكرنا في فروعهم الفقهية، خلصنا إلى حقيقة استواء واستقرار نظرية التعسف في استعمال الحق انطلاقا من تأسس الأحكام الشرعية في مجموعها على رفع المضار وجلب المصالح للعباد، وأن كل حق

---

[260] أنظر: د. أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد، مرجع سابق، ص89. وأنظر كذلك: ما ذكره الأستاذ فهمي أبو سنّة في مقاله: نظرية التعسف في استعمال الحق، مجلة الأزهر، ج5، السنة34، ديسمبر 1962م،رجب1382هـ، ص463 إلى 467.

ثابت مشروع مقيد بعدم الضرر، فكل الحقوق الممنوحة شرعا أساسها منع المضار وجلب المصالح والموازنة بينهما، فمن أساء استعمال حق ثابت له شرعا بأن ترتب عليه ضرر لغيره فإنه يمنع في هذه الحالة إذا ما كان الضرر أشد أو مساويا اعتمادا على مبدأ الموازنة بين المصالح والمضار، وإن كان المنع سيؤدي إلى ضرر أكبر بصاحب الحق فإن صاحب الحق أولى بحقه.

وعلى هذا تأسست واستقرت نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، وإن كان مجالها يظهر واسعا وقاصرا على حق الملكية، لكونه أظهر الحقوق وأوسعها مجالا لتطبيق هذه النظرية، غير أنها توسعت بناءًا على الضوابط التي وضعت للتصرف حتى تضبطه فلا يكون وسيلة للضرر مما ذكرنا آنفًا. وهذا ما قرره الإمام العز بن عبد السلام بقوله: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرأ المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى فيها لقوله سبحانه وتعالى: [**فاتقوا الله ما استطعتم**][261] وإن تعذر الدرأ والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة"[262].

وعلى هذا بنى الكثير من الفقهاء المعاصرين تصورهم لفكرة التعسف في استعمال الحق بعد استوائها واعتمادها كنظرية لدى فقهاء القانون. غير أن البعض منهم حين جاء إلى تكييف فكرة التعسف لم يكيفها كفكرة مستقلة تنتاب التصرف أو الحق عند استعماله، وإنما جعلوه من باب التعدي بطريق التسبب، فتعتبر حقيقة التعسف عندهم أنها أحد أوجه التعدي بطريق التسبب، كما ذهب إليه الإمام أبو زهرة حيث يقول: "وإنه بسبب منع التعسف في استعمال الحق ومنع التعدي على الأحاد قرر الفقهاء في هذا الحال أن الفعل يتوارد عليه أمران: أحدهما بالإذن وهو ما يقوم على أصل ثبوت الحق..."[263] ووصف وكيف في معرض

---

[261] سورة التغابن الآية16.

[262] قواعد الأحكام، ج1، ص83.

[263] أنظر: د.فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص71، نقلا عن مقال للشيخ أبو زهرة حول التعسف في مجلة أسبوع الفقه الإسلامي.

حديثه الفعل غير المشروع أصلا بأنه تعسف، حيث قال: "ومن تعدى بالقيام بعمل ليس له، فإنه يكون متعسفًا في استعمال الحق"، غير أنه تكييف للتعسف منتقد، إذ أن حقيقة التعدي هو مجاوزة الحق أو القيام بعمل لا يستند إلى جواز شرعي أي بدون حق[264] أي أن التعدي مجاله هو التصرف في حيز غير مشروع، أي أن التصرف أو الفعل معيب في حد ذاته لكونه في أصله غير مشروع، وبناء التعسف في استعمال الحق على فكرة التعدي سينتج عنها عدم تضمين ومساءلة ومنع من تصرف في حدود حقه غير أنه آل تصرفه هذا وتسبب عنه ضرر للغير، وهذا خلاف ما عليه الفقهاء المتأخرين الذين اعتدوا بمقاصد التصرفات وعدم الإحتياط فيها كمعيار لمنع التصرف وتضمين صاحبه ما نتج عنه من أضرار وهذا مالا تتسع له وتشمله فكرة التعدي الأمر الذي جعل بالمتأخرين من الفقهاء إلى تطوير فكرة التعدي[265] وعدم قصرها على مجرد الفعل الخارج عن حدود الحق بل اعتبر فيها جانب القصد من التصرف وعدم الاحتياط من الإهمال والتقصير كما ذهب إليه الإمام الشاطبي في تحديده لعناصر التعدي من خلال تقسيمه للحقوق عند استعمالها وما يترتب عليها من ضرر مقصود أو ناشئ عن إهمال أو تقصير[266]. حتى وبهذا المعنى الجديد للتعدي فإنه لا يستوعب التعسف بجميع حالاته، كحالة التعسف التي تبنى على الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من نفع وما يترتب على تصرفه من ضرر للغير، فإن كان الضرر راجحا منع التصرف دون النظر إلى نيته وقصده أو إهماله لأن التعسف يتحقق كلما رجح الضرر عن النفع في أي تصرف مشروع، وعليه فإن نظرية التعسف لا تقوم على معيار التعدي بطريق التسبب[267] سواء في

---

[264] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص72.

[265] أنظر في هذا ما أورده د. فتحي الدريني، المرجع نفسه ، ص55 إلى 65.

[266] أنظر: الموافقات، ج2، ص348 وما بعدها.

[267] وهذا ما ذهب إليه الأستاذ علي الخفيف في تعليقه على بحوث قدمت في أعمال أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية بنت فكرة التعسف على أساس التعدي بقوله: "أن البحوث الثلاثة لم تعن العناية المرجوة بالتمييز بين سوء استعمال الحق وتجاوز حدوده الشرعية في استعماله، في حين التجاوز لحدوده الشرعية يخرج به أن يكون حقا ولا يكون استعمالا لحق ولا تعسفًا في استعماله، وإنما يكون اعتداء واستعمالاً لما ليس حقا وهذا موضوع آخر غير موضوع نظرية سوء استعمال الحق وله آثاره

معناها القديم المبني على الفعل غير المشروع أو الجديد المبني على اعتبار القصد أو النية في التصرف، وإنما هي نظرية مستقلة بذاتها حقيقة وتكييفًا لها معاييرها الخاصة التي تبنى عليها.

- ثالثًا: حقيقة التعسف[268]:

انطلاقًا مما أوردناه حول طبيعة الحق في الفقه الإسلامي من أنه ذو طبيعة مزدوجة يراعي الحق الفردي والجماعي، أي أنه يسعى إلى تحقيق المصلحة إلى كليهما على وفق مبدأ الموازنة بينهما وتكريسا لمبدأ العدل في جانب الحقوق يمكن تعريف التعسف بأنه: " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل".[269]

- فقول مناقضة قصد الشارع أي مخالفته ومضادة قصده، فقصد التشريع من الحقوق هي تحقيق وتحصيل المصالح لا المضار، وقد تكون مناقضة قصد الشارع مقصودة بأن يستعمل حقه لمحض الإضرار كما في التعامل ببيع العينة قاصدا الربا المحرم، أو اتخاذ التصرف المشروع ذريعة إلى تحقيق ممنوع أو إسقاط واجب كما في الهبة الصورية احتيالاً وتهربا من الزكاة الواجبة لأن العبرة ليست بشكل التصرف وإنما بالقصد من التصرف والباعث عليه، وفي هذا يقول الإمام

الخاصة به ونتائجه المترتبة عليه". أنظر: د. هلالي عبد الإلاه أحمد، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، القاهرة، درا النهضة العربية، ط1، 1990، ص67، فقرة 36.

[268] **التعسف لغة**: من عسف وهو السير بغير هداية، وركوب الأمر بلا تدبير ولا روية. وعسف فلان فلانًا عسفًا: ظلمه، وعسف السلطان يعسف واعتسف وتعسف: ظلم. لسان العرب، مادة (عسف) ، ج4، ص776.

[269] هو تعريف د. فتحي الدريني الذي نختاره، أنظر: نظرية التعسف، مرجع سابق، ص87.

الشاطبي: "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع فإن لم يكن موافقًا بأن قصد باستعمال الحق غير ما شرع له كان مناقضا لقصد الشرع والمناقضة مبطلة للعمل"[270].

أي أن التعسف لا ينبني فقط على تحقق الضرر فقط وإنما يتأسس كذلك على القصد والنية والباعث وهو ما يؤسس لمعياري التعسف الموضوعي والشخصي.

- وقوله في تصرف مأذون فيه شرعا: يشمل القول كالعقود وما يترتب عنها من التزامات والفعل كما في استعمال حق الملكية وسواء كان التصرف إيجابيا قولاً أو فعلاً أو سلبياً .[271]
- وقوله مأذونا فيه شرعا بحسب الأصل: أي أن دائرة التعسف هي الأفعال المشروعة بذاتها تفريقًا للتعسف عن التعدي والذي مجاله العمل غير المشروع لأن إتيان أي عمل غير مأذون فيه شرعا في أصله أو تجاوز حدوده المشروعة له يعتبر تعديا لا تعسفًا.

المطلب الثاني

فكرة التعسف في القانون الوضعي

خلصنا مما سبق إلى أن القانون استقر على فكرة الحق بكونها اختصاص شخص معين بشيء اختصاصا يسمح له أن يمارسه من أجل تحقيق مصلحة فردية أو اجتماعية جديرة بالرعاية والإعتبار، غير أنه قد ينجم عن استعمال صاحب الحق

---

[270] الموافقات، ج2، ص332.

[271] التصرف الإيجابي في القول كبيع السلاح وقت الفتنة فيعد تعسفا لما يترتب عليه من ضرر عام، والفعلي كاستعمال العقار لمجرد الإضرار بغيره أو دون قصد ولكن ترتب عليه ضرر فاحش لغيره أكبر مما لحق من منفعة، والتصرف السلبي في القول كامتناع التاجر عن البيع احتكارًا لسلعة، وفي الفعل كامتناع صاحب الحائط المائل إلى الطريق العام عن هدمه بعد إعلامه بذلك.

حقه ضررا بالغير، فهل يمنع هذا التصرف ولو بالرغم من كونه استعمال لاختصاص مشروع يقره القانون عملا بمبدأ التعسف في استعمال الحق؟

لقد مر القانون بمراحل متعددة في نظرته لهذه النظرية قبل أن يستقر عليها الفقه القانوني الحديث كنظرية واضحة المعالم يستمد منها أهل القانون تشريعاتهم بحسب ما يرونه محققا لمصالح
العامة والأفراد على حد السواء.

- أولا : نظرية التعسف في القانون الروماني:

عرف القانون الروماني القديم فكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة وهي صورة تعمد الإضرار بالغير[272] فقد ذهبوا إلى أن الهدف الذي يجب أن يؤدي إليه الحق هي تحقيق النفع لا الضرر كما عارضوا استعمال الحق إذا كان صاحبه لم يقصد بهذا الإستعمال سوى إلحاق الضرر بالغير[273]، وهذا لكون القانون الروماني في جميع مراحل تطوره كان يتقرب من مبادئ الأخلاق والعدالة، فيرى فقهاء هذا القانون أن العدالة أساس القانون وأن القانون فيه الخير والعدالة لذا فلا يمكن أن يتضمن نص قانوني ما يتنافى وحسن الذوق، ولا يمكن أن ينطوي على ما يتنافر مع ما تستلزمه طبائع الأشياء[274] كما في مسائل الإجراءات فقد كان على الخصوم أن يقسموا على حسن نيتهم على أن الدعوى ليست كيدية فإذا ثبت سوء نية أحدهم وتعسفه في استعمال حق التقاضي حكم عليه بعقوبة مالية وبعقوبة الوصمة في بعض الأحيان، وقد نص على هذا في كتاب النظم لجستنيان Justitutes وكذلك جريمة الإضرار بالغير قصد بها العقاب إما على التعسف في استعمال الحق، وإما على استعماله بقصد الإضرار، فمثلا كان للمالك الذي يجد في أرضه حيوانات

---

[272] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص355.

[273] د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص647.

[274] د. محمد السعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق، أساس ونطاق تطبيقه، القاهرة، دار النهضة العربية، ص45-46.

للغير أن يتظلم لمالكها أو يطردها بشرط ألا يترتب على طردها ضرر بها، أي أن حقه في الطرد كان مقيـدا[275] وغيرها من التطبيقات الأخرى للتعسف.

- ثانيًا : نظرية التعسف في القانون الفرنسي:

عرف القانون الفرنسي القديم فكرة التعسف في استعمال الحق وذلك من خلال القانون الروماني لما أعيد إحياء دراسته في العصور الوسطى، ولكن بشكل أكثر اتساعا عما كانت عليه في القانون الروماني، حيث لم يعد التعسف محصورا في استعمال الحق بنية الإضرار فحسب بل كذلك باستعماله دون مصلحة لصاحبه[276]، فقد أجمع شراح القانون الفرنسي القديم على الحد من حق المالك وعلى استنكار تعسفه في استعمال ملكه، فذهب بوتيه pothier إلى أنه لا يجوز للمالك أن يعمل عملاً مضرا بالجار ومناقضا لإلتزامات الجوار، بمعنى أن استعمال حق الملكية يحده حق الجار فإذا تعدى الإستعمال هذا الحد انقلب إلى تعسف موجب للمسؤولية[277].

ويقرر دوما Domat أنه لا يسوغ للمالك أن يأتي عملاً في عقاره من شأنه مضايقة العقار الجار أو الإضرار به كإحداث دخان كثيف من فرن أو كور[278]، وهذا ما يبين أن فكرة التعسف في استعمال الحق لم تكن غريبة بل أوصى بها الذوق السليم والملكية القانونية فطبقوها على أشد الحقوق إطلاقًا ألا وهو حق الملكية[279] ولم تكن فكرة التعسف حبيسة أقلام الفقهاء فحسب بل طبقتها المحاكم والتي كانت تعرف حينها باسم البرلمانات حيث قضت بأنه ليس لأحد – إبان

---

[275] أنظر في هذا: د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص79.
[276] د. حسن كيرة، مرجع سابق، ص755.
[277] د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص80.
[278] د. محمد سعيد رشدي، مرجع سابق، ص49.
[279] د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص81.

قيامه بعمله أو صناعته – أن يعطل أعمال جيرانه أو أن يجعل سكناهم في منازلهم غير محتملة[280].

غير أن فكرة التعسف وبالرغم من استقرارها في الفقه القانوني بما جرت به أقلام فقهائه وظهورها في تطبيقات قضاء المحاكم لم تلبث أن طمست معالمها وزالت آثارها في أواخر القرن التاسع عشر إثر الثورة الفرنسية التي انتهجت وتبنت المذهب الفردي في قيامها والذي يعطي للفرد مطلق الحرية في استعماله لحقوقه، غير أنها عادت وعرفت طريقها للتشريع في فضاء المحاكم الفرنسية عقب ذلك[281]، وذلك من خلال نشاط القضاء الذي فرض رقابة على استعمال الحقوق والتي كان ينجر عن استعمالها مظالم كثيرة تحت ستار الحرية الفردية، وذلك من خلال أحكام نصت بوجوب منع حقوق فردية لإفضائها إلى أضرار بالغير، ومن هذه الأحكام ما قضت به محكمة استئناف «كولمار» حين أدانت مالكًا أقام مدخنة فوق سطح منزله بقصد حجب النور عن جاره، فتقول في حكمها الصادر سنة 1855: "ومن حيث المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية هو على وجهٍ ما حق مطلق يسمح للمالك أن ينتفع بالشيء وأن يستعمله وفقا لهواه ولكن استعمال هذا الحق كاستعمال أي حق آخر يجب أن يكون الغرض منه تحقيق مصلحة جدية مشروعة، وأن مبادئ الأخلاق والعدالة تتعارض وحماية أي عمل لم يقصد به تحقيق منفعة شخصية بل قصد به الإضرار بالغير"[282].

وهو حكم مبني على فكرة التعسف بشكل جلي واضح في معياره الشخصي أي اعتبار الباعث الشخصي كمعيار للتعسف، وهذا في ظل غياب نصوص مشرعة لها إلا أن هذا التطبيقات القضائية لفكرة التعسف وبمعونة الفقه وتأصيله انتهت إلى إحيائها واستخلاص نظرية عامة كاملة وواسعة لم يلبث المشرع الفرنسي أن

---

[280] د. محمد سعيد رشدي، مرجع سابق، ص50.
[281] أنظر: د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص81.
[282] أنظر، د. محمد سعيد رشدي، مرجع سابق، ص53.

اعتنقها وإن لم يكن بنص يفرض مبدأ عاما ففي الأقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة[283].

- ثالثا : النظرية في الفقه القانوني الحديث:

بعد تغيير الحاصل في مفهوم الحق وتصوره جراء الثورة الصناعية وانحصار المذهب الفردي، وإنكار الفكرة الحق المطلق وشيوع المذهب الإشتراكي الذي يغلب المصلحة العامة وغلوه في تقديس الجماعة وإذابة كيان الفرد بجعله الجماعة محور التشريع. بدأ الفقه القانوني في أواخر القرن التاسع عشر – بعد أن مهد له القضاء – يتجه إلى التقريب بين النزعتين المتضادتين ويقيم التوازن بينهما فكانت نظرية التعسف في استعمال الحق مظهرا لهذا التوازن مما يؤكد ارتباط نظرية التعسف بالحق وغايته أو بمدى استعماله[284].

ولئن ناهض البعض من فقهاء القانون النظرية بعد أن استقرت على إثر الإجتهاد القضائي في المحاكم، وظهور نظريات لهم وآراء[285] ترى بأن نظرية التعسف تقوم على أساس خاطئ على إعتبار أن من يستعمل حقه لا يأتي إلا عملاً مشروعا وهو رأي الأستاذ بلانيول Planiol، أو على اعتبار أنها متناقضة مع المبادئ القانونية لأن قيام المسؤولية التقصيرية على التصرف لا تقوم على أساس نية صاحب الحق عند استعماله بل على ركن الخطأ الذي لا يتوافر إلا في حالة العمل غير المشروع، مما يؤدي إلى الخلط بين علم القانون وعلم الأخلاق عند الإعتداد بالنية وهذا رأي الأستاذ إسمان Esmein.

غير أنه وبالرغم من هذه النظريات والآراء المناهضة لفكرة التعسف فقد استقرت النظرية ورجحت كفة الآراء المؤيدة لها بعدما رد على المناهضين لها،

---

[283] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص756.
[284] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص309.
[285] أنظر في هذه النظريات: د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 95 إلى 103.

وتطور مفهوم الحق بما لا يتفق وفكرة الحق المطلق، مما حدى بفقهاء القانون إلى الإجماع على ضرورة تقييد الحق بما يتماشى وما يقتضيه مبدأ العدالة وقواعد الأخلاق مما مسح فكرة المفاصلة بين القانون والأخلاق، وفي هذا يقول الفقيه « جوسران »: "إن هذه الحدود – بين القاعدة الخلقية والقاعدة القانونية – لم توجد إلا في مخيلة بعض الفقهاء والدليل على ذلك ما في التعاريف التي وضعوها لهاذين القانونين – علم القانون وعلم الخلاق لتوضيح الفرق بينهما – من بعد عن دقة وتصنع يوضح الحيرة التي فيها أصحابها...إذ مبادئ القانون ما هي إلا مبادئ الأخلاق بالقدر الذي يصحبها فيه جزاء، وعلم الأخلاق ما هو إلا البوتقة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والقضاء"[286].

وهذا الكلام يؤكد سمو الفقه الإسلامي الذي يجعل من الأخلاق كحجر الأساس في فلسفة تشريعه، ولم يعرف هذه الحيرة التي عرفها القانون، مما يجعل الفقه الإسلامي التربة الخصبة التي نشأت فيها نظرية التعسف في استعمال الحق.

- رابعًا : التكييف القانوني لفكرة التعسف:

يرى الغالبية في الفقه القانوني أن التعسف في أساسه يقوم على فكرة الخطأ أي أنه داخل في إطار ودائرة المسؤولية التقصيرية على اختلاف بين أصحاب هذه الرؤيا إلى اتجاهين في تبرير ذلك.

فالإتجاه الأول خلط بين فكرة التعسف في استعمال الحق L'abus de droit وبين فكرة مجاوزة الحق أو الخروج Le dépassement de droit، وقد تزعم هذا الرأي والإتجاه الفقيه الفرنسي Planiol بلانيول ومنطقه في ذلك أن الحق ينتهي حين يبدأ التعسف، فلا يوجد ثم استعمال تعسفي للحق، وذلك لكون الفعل لا

[286] أنظر: د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص315-316، نقلا عن روح الحقوق ونسبتها لجوسران.

يتصور أن يكون في آن واحد موافقا لقانون ومخالفًا له[287]، فالتعسف ليس إلا تجاوزا لحدود الحق. وقد رد عليه بأن استعمال حق معين قد لا يخرج عن حدود الموضوعية لكن يتناقض مع المبادئ العامة للقانون لما ينطوي عليه من قصد الإضرار بالغير أو لما فيه من استعمال الحق دون وجه مصلحة[288]. وعلى هذا النحو يتميز التعسف عن فكرة مجاوزة الحق أو الخروج عنه والذي حقيقته تجاوز حدود مضمون الحق فلا يعد في ذاته مشروعا، فالفرق بينهما ظاهر في كون التعسف في الحق معيب في غرضه أو نتيجته والخروج عن الحق معيب في ذاته وأصله بكونه غير مشروع[289].

ونحى الإتجاه الثاني إلى أن التعسف في استعمال الحق خطأ تقصيري، فإذا قصد الشخص بتصرفه واستعماله لحقه الإضرار بالغير كان مخطئا خطأ تقصيريا، وإذا ما استعمله بإهمال أو عدم تبصر كان مخطئا خطأ شبه تقصيري[290] على اعتبار أن الشخص العادي يتصرف في حقه تصرفًا بانتباه وحرص على أن لا يحيد عن الغرض المشروع من أجله الحق وإلا كان منحرفًا مخطئًا والخطأ مولد وركن من أركان المسؤولية التقصيرية.

ويرد على هذا الإتجاه بنفس ما يرد به على أصحاب الاتجاه الأول من أن صاحب الحق ذو مركز ممتاز بالنسبة لغيره خصه له القانون على محل معين يخوله سلطة استئثارية دون غيره فالحكم على التصرف بالتعسف يستوجب التأكد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغرض والمقصد المشروع من أجله الحق أو لمناقضتها، لا وفق فكرة الحيطة أو الحذر واليقظة العامة عند التصرف، مما يعني توافر التعسف في كل انحراف بسلطة التصرف عن غايته ومقصده، ولو لم يكن

---

[287] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص758-759.

[288] د. عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط2، ص544.

[289] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص760.

[290] د. توفيق العطار، مرجع سابق، ص545.

صاحب الحق قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية، أي أن التعسف يوجد حتى ولو لم تتوافر له مقومات الخطأ[291] كما أن استقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ أمر يحتمه كذلك كون التعسف – فيما يولده من مسؤولية صاحب الحق – إنما يولدها داخل دائرة المشروعية ورغما عنها، بينما يولد الخطأ المسؤولية خارج دائرة المشروعية أصلاً[292].

كما ظهر هناك اتجاه فقهي يكيف التعسف على أنه خطأ من نوع خاص باعتباره خروج عن روح الحق وغايته الاجتماعية فهو خطأ اجتماعي ضد المصلحة العامة أو ضد الشرف والأخلاق[293]. هذا ويذهب البعض من فقهاء القانون إلى استقلال مبدأ التعسف في استعمال الحق عن عنصر الخطأ استقلالاً تاما فنطاق نظرية التعسف أوسع من نطاق المسؤولية التقصيرية لكون العبرة فيها بالانحراف بالسلوك المألوف أم التعسف في استعمال الحق فيتحقق بتحريف الحق عن غايته ومقصده المشروع من أجله.

لذا فإن فكرة التعسف في استعمال الحق ترتبط أساسا بحقيقة فكرة الحق وتصوره إذ تعتبر ميزانا لاستعماله على ضوء غايته ومقصده، مما يجعل فكرة التعسف ملازمة لفكرة الحق ومكملة له وتعمل كدور وقائي، وعليه فإنها تعد كنظرية متكاملة مستقلة تجد مكانها الطبيعي في النظرية العامة للحق، وبفضلها يمكن تأكيد استبقاء فكرة الحق كفكرة أساسية في النظام القانوني دون حاجة إلى إلغائها أو تحويلها إلى فكرة واجب ووظيفة اجتماعية[294]، كما أنها تضع حدا فاصلاً لفكرة إطلاق الحقوق، فلئن استقر الفكر القانوني على نسبية الحقوق في استعمالها، فإن التعسف يحدد مدى استعمال هذه الحقوق والرقابة عليها وهو مالا يتصور في

---

[291] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص762. وأنظر: د. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، مرجع سابق، ص279.

[292] د. حسن كيرة، المرجع نفسه، ص763.

[293] د. توفيق العطار، مرجع سابق، ص545.

[294] أنظر، د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص766.

إطار المسؤولية التقصيرية أو استخلاص من مبادئها، ففكرة التعسف تشكل الميزان الضابط الذي يحقق مبدأ العدل الذي يرمي القانون إلى الوصول إلى تحقيقه من خلال غايته من الفردية أو الإجتماعية في السعي إلى الموازنة بينهما، وهذه كلها مسائل تخرج عن نطاق المسؤولية[295].

π الفصل الثاني ι

أدلة ومؤيدات نظرية التعسف في التشريع الإسلامي ومعاييرها بين الفقه والقانون

[295] د. حسن كيرة، المرجع نفسه ، ص767.

وفيه ثلاث مباحث:

- **المبحث الأول: أدلة النظرية من القرآن والسنة**
- **المبحث الثاني: مؤيدات النظرية من الأصول والقواعد الفقهية**
- **المبحث الثالث: مؤيدات نظرية التعسف ومعاييرها بين الفقه والقانون**

الفصل الثاني

أدلة ومؤيدات نظرية التعسف في التشريع الإسلامي ومعاييرها بين الفقه والقانون

المبحث الأول

أدلة النظرية من القرآن والسنة وفقه الصحابة

على اعتبار أن التعسف في حقيقته – من خلال ما خلصنا إليه من تعريفه – هو ترتب ضرر عن فعل مباحٍ شرعا يلحق الغير فردا كان أو جماعة، سواء قصد صاحب الحق هذا الضرر بتصرفه واستعمال حقه فيه أم لا، مما يؤدي إلى منع هذا التصرف، فإننا نجد آيات كثيرة من القرآن الكريم وأحاديث تنهى عن المضارة في استعمال الحقوق كتأكيد لأصالة نظرية التعسف في التشريع الإسلامي، وكذلك من خلال ما طبقه الصحابة رضوان الله عليهم في اجتهاداتهم من خلال مسائل بنوا أحكامها على منع الضرر المترتب، أو بالتعبير الحديث لكون تركها يعتبر تعسفا في استعمال الحق من قبل صاحبها.

المطلب الأول
أدلّة النظرية من القرآن الكريم

- **الدليل الأول:** قوله تعالى: [**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن اراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضآر والدة بولدها ولا مولود له بولده**][296].

تدل هذه الآية من خلال منطوق لفظها أن الرضاع حق للأم، فهي أحق برضاعة ولدها من غيرها وذلك لكونها أحن وأرق على وليدها من الأجنبية، ويحذر الله تعالى كلاّ من الوالدين أن يضار أحدهما الآخر بسبب الولد، فلا يحل للأم أن تمنع عن إرضاع الولد إضرارا بأبيه ولا يحل للأب أن ينزع الولد منها مع رغبتها في إرضاعه ليغيظ أحدهما صاحبه بسبب الولد[297]. وهذا لكون قوله «**لا تضار**»

---

[296] سورة البقرة الآية 233.

[297] الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، بيروت، مؤسسة مناهل العرفان، ط3، 1980م، ج1، ص348.

يحتمل وجهين كلاهما جائز في اللغة وهذا ما وضحه الإمام الرازي[298] في تفسيره الآية بقوله: "...وإنما احتمل الوجهين نظرا لحال الإدغام، أحدهما أن يكون أصله لا تضارر بكسر الراء الأولى وعلى هذا تكون المرأة هي الفاعلة للضرار والثاني أن يكون أصله لا تضارر بفتح الراء الأولى فتكون المرأة هي المفعولة بها الإضرار.

وعلى الوجه الأول يكون المعنى لا تفعل الأم الضرار بالأب بسبب إيصال الضرار إلى الولد وذلك بأن تمنع المرأة عن إرضاعه مع أن الأب ما امتنع عليها في النفقة من الرزق والكسوة فتلقي الولد عليه، وعلى الوجه الثاني معناه لا تضارر أي لا يفعل الأب الضرار بالأم فينتزع الولد منها مع رغبتها في إمساكه وشدة محبتها له، والمعنيان يرفعان إلى شيء واحد وهو أن يغيظ أحدهما صاحبه بسبب الولد"[299].

فالآية إذا تنهى كلا من الوالدين أن يضار أحدهما بالآخر بسبب الولد في استعمال حقه على كلا الوجهين الذين ذكرهما الإمام الرازي، حيث أنه لا يجوز للأب أن يستعمل حقه في ولايته على إبنه بمنع أمه من حقها في إرضاعه إضرار بها ولو كان إضرارا معنويا لأنه تعسف واضح، لأنه كما قال جمهور المفسرين في هذه الآية لا يحل للأب أن يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع[300] ولا ينـزع الولد منها إذا رضت بالإرضاع وألفها الصبي[301].

كما لا يجوز في ذات الوقت التعسف من الأم في استعمال حقها في الرضاعة بأن تمتنع عن إرضاعه إضرارا بأبيه، بأن تطلب أكثر من أجر مثلها[302] فإن طلبت

---

[298] **الرازي**: هو محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي التيمي البكري الطبرستاني أبو عبد الله الفخر الرازي الإمام المتكلم المفسّر، لقب بشيخ الإسلام، ولد بالريّ سنة (544هـ) وتوفي سنة (606هـ) بمدينة هراة. له تصانيف عديدة منها: "تفسير القرآن المسمى مفاتيح الغيب", و"المحصول في أصول الفقه"، و"نهاية الإيجاز في دراسة الإعجاز". أنظر في ترجمته: وفيات الأعيان، ج4، ص248. وأنظر: معجم المفسرين، ج2، ص596.

[299] تفسير الرازي المشهور بالتفسير الكبير ومفاتح الغيب، بيروت، دار الفكر، 1995، ج3، ص131.

[300] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص167.

[301] الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص106-107، مصر، دار المصحف.

[302] القرطبي، مرجع سابق ، ج3، ص167.

زيادة على أجر مثلها زيادة كثيرة ووجد الأب من يرضعه بأجرة المثل لم يلزم الأب إجابتها إلى ما طلبت لأنها تقصد المضارة[303]

وملخص الآية أنها تفيد وجوب حماية كل من الأب والأم من أن يضر كلا منهما بالآخر بسبب الولد باستعمال ما منح من حق وسيلة إلى هذا الإضرار، كما توجب حماية الولد أيضا من الإضرار به وبذلك تعتبر الآية أصلا من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقـه الإسلامي[304].

- **الدليل الثاني:** قوله تعالى: [**وإذا طلقتم النِّسآء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرِّحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارًا لِّتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا ءايات الله هزؤا واذكروا نعمت الله عليكم ومآ أنزل عليكم من الكتاب والحكمة يعظكم به واتقوا الله واعلموا أن الله بكلّ شيء عليم**][305].

روي في سبب نزول هذه الآية أن أهل الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدد، وكانت العدة عندهم معلومة مقدرة وكان هذا في أول الإسلام برهة يطلق الرجل امرأته ما شاء من الطلاق فإذا كادت تحل من طلاقها راجعها ما شاء، فقال رجل لامرأته على عهد النبي ρ لا آويك ولا أدعك تحلين، قالت وكيف؟ قال: أطلقك فإذا دنا مضي عدتك راجعتك، فشكت المرأة ذلك إلى عائشة فذكرت ذلك للنبي ρ فنـزل قوله تعالى: [**الطلاق مرتان**...][306] بيان لعدد الطلاق[307].

---

[303] ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، تحقيق: د. يوسف البقاعي، بيروت، المكتبة المصرية، ط1، 1998، ص332.

[304] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص96.

[305] سورة البقرة الآية 231.

[306] سورة البقرة الآية229.

[307] راجع الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج3، ص126. وتفسير الطبري، ج5، ص7-8.

والمراد في الآية أي لا تراجعوهن بقصد إلحاق الضرر بهن وإيذائهن بالحبس أو تطويل العدة حتى يضطررن إلى الفدية ودفع المال لكم فهذا اعتداء عليهن[308].

أي نهى الله عن الإضرار بالزوجة من وراء استعمال حق مشروع للزوج يستتر به وهو حق المراجعة، يقول الإمام الطبري في تفسير هذه الآية: "...إن راجعتموهن في عددهن مضارة لهن لتطولوا عليهن مدة انقضاء عددهن أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتموهن بطلبهن الخلع منكم لمضارتكم إياهن بإمساككم إياهن ومراجعتكم إياهن ضرارا واعتداء "[309].

وبناءًا على قصد المضارة فقد ذهب الإمام مالك إلى أنه إذا علم قصد الزوج المضارة بزوجته باستعماله حق المراجعة فإنه إذا طلقها مرة أخرى فإنها لا تستأنف عدة جديدة وإنما تبني على ما مضى من العدة السابقة وذلك ردا لقصده السيئ وإن لم يقصد بذلك استأنفت عدة جديدة، وذهب الشافعي في القديم وأحمد في رواية إلى أنها تبني مطلقا، وقيل تستأنف مطلقًا وهو قول الكثيرين[310].

وعليه نخلص أنه إذا حاد الزوج في استعماله حق الرجعة عن المقصود من تشريعها وهو استئناف الحياة الزوجية من جديد من بعد طلاق رجعي، كفرصة له بعد طلاقه وتصحيحا لخطأه، فإذا حاد به عن هذا المقصد بأن اتخذه ذريعة للإضرار بالزوجة بأن لا يعاملها كزوجة بعد إرجاعها ولا يطلقها ويفك بذلك عصمة الزوجية بينهما، ففي هذه الحالة عد تصرفه تعسفًا وجب درؤه بأن ترفع أمرها إلى القاضي وأن لا تستأنف عدة جديدة كما ذهب إليه الإمام مالك، وهذا معاملة له بنقيض قصده، فثبت أن هذه الآية أصل في التعسف[311].

---

[308] د. وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دمشق، دار الفكر، ط1، 1991، ج1، ص351.

[309] تفسير الطبري، ج5، ص897.

[310] ابن رجب، جامع العلوم والحكم، مرجع سابق، ص331.

[311] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص105.

- **الدليل الثالث:** قوله تعالى: [**من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضارٍّ وصية مِّن الله والله عليم حليم**][312].

تدل هذه الآية على أن الله عز وجل قد قيد مشروعية الوصية بعدم الإضرار، فالآية صريحة في النهي عن المضارة في الوصية بالورثة، فقوله: «**غير مضار**» أي غير مدخل الضرر على الورثة أي لا ينبغي أن يوصي بدين، والإضرار راجع إلى الوصية والدين، أما رجوعه إلى الوصية فبأن يزيد على الثلث أو يوصي لوارث، فإن زاد فإنه يرد إلا أن يجيزه الورثة لأن المنع لحقوقهم لا لحق الله تعالى[313].

قال ابن عباس الإضرار في الوصية من الكبائر[314]، وجاء عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ρ قال: ((**إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة** ثم **يحضرهما الموت فيضاران** في **الوصية فتجب لهما النار**))[315].

والإضرار بالوصية محرم بجميع وجوه الإضرار والتي ذكرها الإمام الفخر الرازي في تفسيره الآية بقوله: "واعلم أن الضرار في الوصية يقع على وجوه: أحدهما أن يوصي بأكثر من الثلث وثانيها أن يقر بكل ماله أو ببعضه لأجنبي وثالثهما أن يقر على تسديد دين لا حقيقة له دفعا للميراث عن الورثة، ورابعها أن يقر بأن الدين الذي كان له على غيره قد استوفاه ووصل إليه وخامسها أن يـبيع شيئًا بثمن بخس أو يشتري شيئًا بثمن غالٍ كل ذلك لغرض أن لا يصل المال إلى الورثة وسادسها أن يوصي بالثلث لا لوجه الله لكن لغرض تنقيص حقوق الورثة فهذا وجه الإضرار في الوصية"[316].

ومما نخلص إليه من هذه الآية أن الإضرار بالورثة عن طريق الوصية ممنوع شرعا مهما كانت الوصية ولو تقيد بمقدار الثلث أو كانت لأجنبي غير وارث،

---

[312] سورة النسآء الآية 12.

[313] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص80.

[314] د. وهبة الزحيلي، التفسير المنير، مرجع سابق، ج4، ص285

[315] أخرجه الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: ابراهيم عطوه عوض، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الضرار في الوصية، حديث رقم 2117، بيروت، دار عمران، ج4، ص431.

[316] تفسير الفخر الرازي، ج5، ص234.

فالعبرة في الإضرار بها الدافع أو الباعث على الإيصاء وهو الإضرار أي مناقضة قصد الشارع في تشريعه للوصية، وبذلك تعتبر هذه الآية أصلاً من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي[317].

- **الدليل الرابع :** قوله تعالى: [**وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون**][318].

ومدلول هذه الآية كما وضح الإمام البيضاوي[319] في تفسيره: "أي إن وقع غريم ذو عسرة فالحكم نظرة أو فعليكم نظرة أو فليكن نظرة وهي الإنظار...وأن تصدقوا – أي الإبراء – خير لكم أي أكثر ثوابا من الإنظار"[320].

والقول بأن هذه الآية تختص بدين الربا، قول ضعيف، بل تضم جميع الديون مطلقا، لأنه وإن كان أولها خاصا فإن آخرها عام وخصوص أولها لا يمنع من عمومها ولاسيما إذا كان العام مستقلاً بنفسه[321] أي أن الدائن مدعو إلى أن يرفق بالمدين مطلقا إن كان معسرا وذلك بتأجيل مطالبته بالوفاء حتى الميسرة[322]، ولو قصرنا الآية على دين الربا لكان تخصيصا لقوله تعالى:[**ذو عسرة**] بغير دليل"[323].

وعليه فإن هذه الآية تكشف بوضوح على أن ممارسة الحقوق في الإسلام مبنية على مبدأ التسامح والإحسان لا المغالاة، كما تنطوي أحكامها على إعمال

---

[317] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص116.

[318] سورة البقرة الآية 280.

[319] **البيضاوي**: هو عبد الله بن عمر بن محمد بن علي البيضاوي الشيرازي قاض ومفسر وعالم بالفقه والعربية والمنطق والحديث، وهو من أعيان الشافعية ولد في المدينة البيضاء قرب شيراز، تولى قضاء مدينة شيراز، توفي سنة (685هـ)، من تصانيفه: "أنوار التنزيل وأسرار التأويل"، "منهاج الوصول إلى علم الأصول". أنظر في ترجمته: شذرات الذهب، ج5، ص392. ومعجم المفسرين، ج1، ص318. وطبقات المفسرين، أحمد بن محمد الأدنروي، تحقيق: سليمان بن صالح الخزي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1997، ص255.

[320] تفسير البيضاوي، بيروت، دار الفكر، 1982، ص63-64.

[321] ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت، دار المعرفة، ج4، ص245.

[322] الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص473.

[323] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص97.

مبدأ التضامن بين أفراد المجتمع، وهي أحد الأسس التي تنبني عليها نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي كما بينا ذلك في الفصل الأول من هذا البحث.

المطلب الثاني
أدلة النظرية من السنة النبوية

- **الدليل الأول:** ما رواه أبو سعيد الخذري رضي الله عنه عن النبي ρ قوله: ((**لا ضرر ولا ضرار**))[324].

فقد أرسى هذا الحديث بوجيز عبارته أصلاً من أصول الدين وهو إبعاد الضرر بجميع وجوهه وصوره، يقول الإمام الشوكاني[325] على هذا الحديث: "فإنه قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات وجزئيات"[326] حيث أن ما جاء فيه مجملاً قد فصلته أحكام الشريعة بما ثبت من نصوص من القرآن الكريم أو من السنة أيضا، كالنهي عن مضارة الأبوين ببعضهما ببعض في شأن الرضاعة، والنهي عن المضارة في الوصية، والنهي عن الإضرار في الرجعة كما رأينا في مؤيدات النظرية من القرآن الكريم، وكذا في منع الإحتكار ومنع بعض البيوع كتلقي الركبان وبيع حاضر لباد حيث قال ابن عمر: "نهى النبي ρ أن يبيع حاضر لبادٍ"[327]، وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ρ : ((**لا تلقوا الركبان، ولا يبيع حاضر لباد**))، فقيل لابن

---

[324] مر تخريجه ص41 من هذا البحث.

[325] **الشوكاني**: هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني فقيه مجتهد من كبار علماء الدين، برز في فنون عديدة في الفقه والحديث والتفسير والأدب والنحو والأصول والمناظرة وكتب التاريخ، ولد سنة (1173هـ) وتوفي ستة (1250هـ)، من مؤلفاته: "نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار"، "الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة". أنظر في ترجمته: أصول الفقه تاريخه ورجاله، ص298. و شجرة النور الزكية، ص217.

[326] الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار، بيروت، دار القلم، ج5، ص261.

[327] أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب كره أن يبيع حاضر لباد بأجر، حديث رقم 2159، ج4، ص372.

عباس: ما قوله لا يبيع حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمسارا "[328]. وكذا وجوب الحجر على المفلس في تصرفاته المالية، فكل هذه الأحكام تعود علتها إلى الضرر المترتب والناشئ عليها، لذا فهذا الحديث يعد أصلاً من أصول الدين.

وقد اختلف الفقهاء في المراد بالضرر والضرار، فقد قيل الضرر أن يضر من لا يضره والضرار أن يضر من قد أضر به على وجه غير جائز[329].

ويعرض الإمام الشوكاني للخلاف في الفرق بين اللفظين في المعنى ويذكر أقوالاً منها:

- أن الضرار أن تضره بغير أن تنتفع، والضرر أن تضره وتنتفع أنت به.
- أن الضرار الجزاء على الضرر والضرر الإبتداء.[330]

غير أنه ومهما كان الخلاف فإن الحديث يشمل منع الضرر بجميع وجوهه وطرقه سواء كان ناتجًا عن طريق المباشرة أو السبب مع التعدي بارتكاب الأفعال غير المشروعة، والأفعال المشروعة كذلك إذا ما ترتب عليها ضرر، فإن الحديث جاء مطلق اللفظ في الضرر بمنعه دون بيان التصرف الذي نجم بسببه بكونه مشروعا أو غير مشروع، مما يجعل هذا الحديث أصلاً من الأصول التي تنبني عليها نظرية التعسف في استعمال الحق، ويؤكد هذا جعل هذا الحديث أصلاً في الأحكام التي تتعلق بحالات الضرر الناشئة عن استعمال الحقوق عند علماء الأصول كابن رجب الحنبلي[331] في كتابه جامع العلوم والحكم والإمام الشاطبي في موافقاته حيث أكد هذا بقوله: "فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه".

---

[328] أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان، حديث رقم 2162-2163، ج4، ص373.

[329] ابن رجب، جامع العلوم والحكمة، مرجع سابق.

[330] نيل الأوطار، ج5، ص261.

[331] **ابن رجب**: هو الإمام الحافظ المحدث الفقه زين الدين عبد الرحمان بن أحمد بن رجب، البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي، ولد في بغداد سنة (706هـ) وتوفي سنة (795هـ)، صنف شرح الترمذي وشرح علل الترمذي وله كتاب جامع العلوم والحكم، وكتاب القواعد. أنظر في ترجمته: تذكرة الحفاظ، ج5، ص367. وجلال الدين السيوطي، طبقات الحفاظ، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1983، ص540.

يقول الشيخ عيسوي أحمد عيسوي معلقا على هذا الحديث ومبينا صلته بنظرية التعسف: "يعتبر قانونا عاما في الفقه الإسلامي هو الذي يقوم عليه كل نظرية التعسف في استعمال الحق، فإن فحوى هذه النظرية هو منع استعمال الحقوق على وجه يلحق الضرر بالغير أو على وجه يكون فيه الضرر الذي يلحق الغير أكثر من النفع الذي يعود على صاحب الحق بحيث ينعدم التناسب بينهما، وهذا هو ما نص الحديث على منعه وأفاد وجوب إزالة آثاره إذا وقع"[332].

ونخلص إجمالا إلى أن هذا الحديث صريح - من جهة كون اللفظ مطلق - في إرساء نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي في معيارها المادي المبني على نفي الضرر الناشئ على الأفعال المشروعة والمباحة أصلاً، والتي يتحمل معناها الحديث من خلال إطلاق لفظ الضرر كما بينا.

- **الدليل الثاني:** روى أبو داود[333] في سننه أن جعفر بن علي زين العابدين قال: "كان لسمرة بن جندب عضد في حائط (بستان) رجل من الأنصار ومع الرجل أهله فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به الرجل ويشق عليه فشكا ذلك الأنصاري إلى رسول الله ρ فقال الرسول لسمرة: بعه، فأبى، قال: فاقلعه، فأبى، قال: فهبه ولك مثلها في الجنة، فأبى، فقال رسول الله: أنت مضار، ثم قال لصاحب الحائط: اذهب فاقلع نخله"[334].

ففي هذا الحديث دلالة جلية واضحة في منع استعمال الحق الخاص إذا ما ترتب عليه ضرر للغير حيث أن سمرة كان يستعمل حقه في الوصول إلى نخله وكان في استعماله ما يؤذي الأنصاري صاحب البستان، حيث منعه الرسول ρ بأمره قلع

---

[332] الشيخ عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة، ص68.

[333] **أبو داود**: هو الإمام سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي السجستاني أبو داود صاحب السنن وغيرها، توفي سنة (275هـ). أنظر في ترجمته: وفيات الأعيان، ج2، ص238.

[334] أخرجه أبو داود، سنن أبو داود، كتاب الأقضية، باب من القضاء، حديث رقم 3636، بيروت، دار الجيل، ط1، 1992، ج3، ص314.

نخله وذلك بعد أن صار إلى التوفيق في الأمر عن طريق المعارضة المادية والترغيب في الثواب الأخروي ليصل إلى حسم الضرر حسما ماديا بعد أن لم تجد السبل التوفيقية. فيكون الحديث بهذا المعنى أصلا لقاعدة منع المضارة المترتبة على استعمال الحق، وقد يقال أن قلع نخل سمرة كذلك ضرر فكيف يقابل ضرر بضرر على فعل هو في الأصل مما يصان شرعا وهو حق الملكية، غير أن ما فعله الرسول ρ بأمره قلع نخله مبني على الموازنة بين المضار، فضرر صاحب البستان وتأذيه من دخول سمرة بستانه أعظم من ضرر سمرة بن جندب بقلع نخله والذي رفض جميع الحلول الأولى، فالأمر بالقلع في هذه الحالة إنما كان عند الإصرار على المضارة من عدم قبول ما يدفع ضرر المالك[335].

وعليه فلا يقبل القول بأن سمرة قد تصرف في ملكه بإطلاق دون النظر إلى ما يترتب عليه من الأضرار الراجحة اللاحقة بالغير، ووضح هذا الإمام ابن قيم الجوزية بقوله: "وصاحب القياس الفاسد يقول: لا يجب عليه أن يبيع شجرته ولا يتبرع بها ولا يجوز لصاحب الأرض أن يقلعها لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه وإجباره على المعارضة عليه، وصاحب الشرع أوجب عليه – إذا لم يتبرع بها – أن يقلعها، لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه"[336].

وعليه نخلص من هذا إلى أن الحديث دليل بين أن الحق الفردي لا يشرع استعماله – سلبا أو إيجابا – إذا لزم عنه ضرر راجح بالغير ولو كان لصاحبه غرض صحيح في هذا التصرف ويمنع من ذلك فضلاً عن أنه يؤثم إذا قصد الإضرار[337] مما

---

[335] ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1992، ص142.
[336] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص320.
[337] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص153.

يدل على أن هذا الحديث يعد كذلك أصلاً من الأصول التي تنبني عليها نظرية التعسف في صورة وأساس الترجيح بين المصالح عند تعارضها وتطبيقًا للقاعدة الشرعية "الضرر الأشد يزال بالأخف"، فيعد هذا الحديث أصلاً وتطبيقًا لها في معيارها المادي أي ترتب الضرر على التصرف.

- **الدليل الثالث:** ما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ρ قال: ((**لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها** في **جداره**)) ثم يقول أبو هريرة: "مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم"[338].

فهذا الحديث صريح في منع المالك من التعسف في استعمال حقه في التملك يمنع جاره من غرز الخشب في جداره، لأنه يكون مسيئًا في استعماله هذا الحق لأن منع المالك في هذه الحالة يعتبر قصدا للإضرار بالجار فلا يجوز له التمسك بهذا الحق مادام غرز الخشبة في جداره لا يترتب عليه أي ضرر أو أن الضرر المترتب تافه يمكن إصلاحه وتلافيه، أوكان الضرر الناشء أتفه من الضرر الذي يلحق الجار من جراء المنع، لأنه تعسف بين، أما إذا كان الضرر بينا فاحشا يفضي الارتفاق بالجدار إلى الوهن أو سقوط الجدار فلا يجوز حينئذ لأن ذلك يتنافى وقصد الشارع من تقرير حق الملكية والذي شرع أصلاً لمصلحة المالك ولم يشرع ليكون مجلبة لأضرار فاحشة تعود عليه[339]. أي أنه إذا كان غرز الخشبة في الجدار يضر ضررا فاحشا بالجدار لم يجز حق الإرتفاق في هذه الحالة ويصبح الجار في هذه متعسفًا في استعمال هذا الحق إذا أصر على غرز الخشبة في الجدار، وعليه فلا يمنع تعسف بتعسف مثله، وعليه فإن الحديث بمنطوقه قد أباح حق الإرتفاق بملك الغير لكنها

---

[338] أخرجه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره، حديث رقم 2335، بيروت، دار الفكر، ج2، ص783. وأخرجه البخاري برواية " لا يمنع جار جاره "، كتاب المظالم، باب 20، حديث رقم 2463، ج5، ص110. وأخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، الباب الثامن، حديث رقم 2896، ج2، ص467.

[339] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص156.

إباحة مقيدة بأن لا يترتب عليها ضرر فاحش وبين – وهذا يفهم بطريق مفهوم المخالفة للحديث – أما إذا كان الضرر يسيرا هينا فلا يحل للمالك منع المرتفق بملكه بصريح الحديث "لا يمنعن أحدكم..." وإن تعسف ومنعه يجبر على تركه وهذا يفهم من عبارة أبو هريرة، وعليه يمكن القول أن حق الإرتفاق بملك الغير وإجبار المالك مرهون جوازه بشرطين:

- أن لا يترتب عليه ضرر بين، كأن يوهن الغرز الجار او يسقطه إن كان واهيا.
- حاجة الغارز إلى الإنتفاع بحائط جاره.[340]

وهذا التقييد هو ما يقتضيه مبدأ درأ التعسف، إضافة إلى أن الحديث يمنع التعسف في استعمال الحقوق من منطلق التضامن الاجتماعي الذي يبنى عليه حق المالكية في الإسلام والذي هو – أي مبدأ التضامن – أحد الأسس التي تنبني عليها نظرية التعسف كما ذكرنا ذلك في الفصل الأول، وعليه يتضح أن هذا الحديث يعتبر أصلاً من أصول نظرية التعسف.

المطلب الثالث
أدلة النظرية من فقه الصحابة

- **الدليل الأول:** روى مالك عن عمروا بن يحيى المازني عن أبيه الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد. فقال الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة؟ تشرب به أولاً وآخرا لا يضرك، فأبى محمد. فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فدعا عمر محمد بن

[340] المرجع نفسه، ص160.

سلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك[341].

فقد دل قضاء عمر بمرور الماء على أرض محمد بن مسلمة ولو جبرا ثبوت حق الإرتفاق لأصحاب الأراضي المتجاورة بعضهم قبل بعض، كحق إمرار الماء في أرض الغير، أو حق العبور من خلالها واتخاذ طريق فيها، وإذا امتنع صاحب الأرض التي يراد الإرتفاق بملكه اعتبر تعسفا في استعمال حقه ويجبر على التمكين ما لم يلحقه ضرر بين[342].

وقضاء عمر في هذه الواقعة هو من باب ما قضى به الرسول ρ في قضية سمرة بن جندب المبني على الموازنة بين المصالح عند تعارضها حيث قضى بمنع المالك من التعسف في استعمال حقه في الإمتناع عن تمكين جاره من الإرتفاق بأرضه لحاجته مادام أنه لم يترتب عليه أي ضرر، ولما في ذلك من تعاون وتكافل هو من مبادئ الإسلام وأصوله، ليقرر بذلك عمر بهذا القضاء أن حرية التصرف في الملك – سلبا أو إيجابا – المكفول شرعا لصاحبه مقيدا بأن لا يترتب عليه أي ضرر بالغير، فإن كان كذلك منع وأجبر على الوجه الذي يمتنع وينتفي به الضرر لأن إصرار صاحب الملك على منع الإرتفاق لغيره بملكه تعسف واضح لما يترتب عليه من ضرر يلحق الممنوع من الإرتفاق، وتأكيد لهذا المنع ودرءًا للتعسف ولو بالإجبار قضى عمر بقوله: "والله ليمرن به ولو على بطنك" مبالغة منه في الاستنكار عن تصرف المالك وذلك كونه منع المنفعة عن غيره بل ومنعها حتى عن نفسه، وهي أعلى مراتب التعسف[343].

وعليه فإن حق الإرتفاق ثابت شرعا للعقارات المتجاورة فيما بينها إن كان هذا الحق لا يضر بالعقار المرتفق به (المخدوم) أما إن أضر منع حق الإرتفاق لئلا

---

[341] المنتقى شرح الموطأ، ج6، ص45.
[342] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص164.
[343] المرجع نفسه، ص165.

يكون رد تعسف بتعسف مثله، وإلى هذا ذهب الإمام مالك والإمام أحمد في رواية عنهما[344].

وعليه فقضاء عمر بإلزام محمد بن مسلمة على السماح بإمرار الماء عبر أرضه هو تطبيق لمبدأ درأ التعسف في استعمال الحق وذلك بمنع الضرر الذي سيترتب عن هذا التعسف.

- **الدليل الثاني:** إجتهاد عمر رضي الله عنه في مسألة الزواج بالكتابيات، فقد روى الإمام الطبري في تاريخه أنه بعد أن انتصر المسلمون على الفرس في موقعة القادسية، لم يجد رجالهم نساء مسلمات كافيات للزواج منهن في تلك البلاد الفارسية، فأرغمتهم الضرورة على الزواج من نساء كتابيات، وبعد حين كثرت النساء المسلمات وزالت تلك الضرورة، فبعث عمر بن الخطاب إلى حذيفة بن اليمان الذي كان واليا على المدائن في بلاد العجم رسالة يقول فيها: "بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب وذلك مالا أرضاه لك، فطلِقها ولا تبقِها في عصمتك". فكتب إليه حذيفة: أحلال هذا الزواج أم حرام؟ ولماذا تأمرني بطلاق هذه المرأة الكتابية، لن أطلقها حتى تخبرني، فكتب إليه عمر بن الخطاب: هذا الزواج حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلابة فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نسائكم"[345].

لقد منع الفاروق رضي الله عنه الصحابة من التزوج بالكتابيات رغم أنه أمر أحله الله عز وجل في كتابه بقوله: [**والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذآ ءاتيتموهن أجورهن** محصنين غير **مسافحين ولا متخذي أخدان**][346]. وذلك درءا لمفسدة عظمى عامة تمس النساء ببقائهن بلا زواج جراء إقبال المسلمين على

---

[344] أنظر: المنتقى، ج6، ص46. وجامع العلوم والحكم، مرجع سابق، ص334.
[345] تاريخ الطبري، بيروت، دار الكتب العلمية، ط3، 1991، ج6، ص437.
[346] سورة المائدة الآية 5.

الزواج من الكتابيات رغبة في جمالهن، وهي مفسدة عظمى لم يشرع الزواج بالكتابيات من أجلها، وعليه فإن اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه في هذه المسألة وقضاؤه فيها كان دفعا للمضرة المترتبة عن هذا العمل المباح شرعا، ومما ذكر من تعليل لإجتهاده رضي الله عنه أنه كان لدفع مفسدة عظمى تترتب على هذا المباح، فمنعه حماية للصالح العام بإبعاد نواب الخليفة عن خداع الأجنبيات لهم أو إبعاد وقوع الفتنة بين المسلمات اللواتي يكثر عددهن وينصرف رجال المسلمين عنهن لجمال الكتابيات وكلاهما ضار بالمصلحة العامة[347]. فحكم عمر الذي قضى به لا يعد اجتهادا في مورد نص وتعطيل حكم شرعي مباح وإنما اجتهاد على أساس النظر في مآلات الأفعال مما يجعل حكمه وقضاءه في هذه المسألة يمثل الفقه العميق لمقصد الشارع من تشريع الحق وذلك بمنع الفعل على ضوء من مآله إلى موافقة قصد الشارع أو مناقضته إياه[348] وكذا فإنه حكم مبيني على مبدأ من الموازنة بين مصلحة جزئية خاصة – مصلحة حذيفة بن اليمان في الزواج من الكتابية – وبين الصالح العام حيث رجح المصلحة العامة على المصلحة الجزئية الخاصة، مما يوضح لنا جليا كذلك عمق فقه عمر أيضا حين صبغ الحق الفردي بصبغة اجتماعية وفق ما تقرر في الشريعة من قواعد تقيم التوازن في مثل هذا الحق بين عنصريه الفردي والجماعي وهو ما تضطلع به نظرية التعسف.

المبحث الثاني
مؤيدات النظرية من الأصول والقواعد الفقهية

[347] د. مصطفى شلبي، تعليل الأحكام، بيروت، دار النهضة العربية،1981، ص43.
[348] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص169.

على اعتبار أن الحق سلطة منحت للفرد لتحقيق مصالح له وجب أن تكون هذه المصالح مشروعة وهذا حتى لا يكون الحق وسيلة مفضية إلى أمر ممنوع بحصول مفسدة مساوية أو راجحة عن المصلحة المرجوة، لأن كل فعل مقدمة لنتيجة أو غاية مشروعة فإذا أفضى إلى غير هاته الغاية منع، وذلك لأن من بين أكبر الأصول التي يقوم عليها التشريع اعتبار المآل في التصرفات بإعطاء الوسيلة حكم المقصد، فقد ذكر العلماء أن النظر في مآلات الأفعال معتبر شرعا وأن على المتهد أن لا يحكم على فعل من أفعال المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بالنظر إلى ما يؤول ذلك الفعل من مصلحة أو مفسدة[349].

وعليه فكل تصرف قولي كان أو فعلي مرهون من حيث مشروعيته بما سيؤول ويفضي إليه من مصلحة أو مفسدة دون الوقوف على ظاهره، لذا وجب أن يكون قصد المكلف في تصرفاته من قصد الشارع موافقا له وإن خالفه اعتبر متعديا وجب منعه وهذا هو عين حقيقة التعسف من أن التصرف أو استعمال الحق يكيف كونه تعسفا إذا ما قصد به صاحبه ضررا، أو ترتب عليه ضرر أكبر من المصلحة المرجوة منه أي خالف القصد الذي من أجله شرع، لذا فإن نظرية التعسف تتأسس وتبنى في الفقه الإسلامي على مؤيدات وأدلة كثيرة من أصول التشريع وقواعده الفقهية التي صاغها العلماء من استقرائهم للمبادئ العامة للتشريع إلى جانب ما ذكرناه من مؤيدات وأدلة من القرآن والسنة وعمل الصحابة، ونورد من هذه الأصول والقواعد العامة مايلي:

المطلب الأول
مبدأ الذرائع

[349] راجع: الشاطبي، الموافقات، ج4، ص194.

- **أولاً : تعريف الذريعة:** الذريعة هي الوسيلة، يقال تذرع فلان بذريعة أي توسل والجمع الذرائع[350].

وأيضا الذريعة السبب إلى الشيء، يقال فلان ذريعتي إليك أي سببي ووصلتي الذي أتسبب به إليك[351].

وحقيقة الذريعة هو التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة[352] سواء كانت الوسيلة أو الشيء المتذرع به قولاً أو فعلاً[353] أي كل شيء ظاهره الإباحة ويتوصل به إلى فعل المحظور.

وعليه لما كانت الذريعة سببا موصلا إلى المحظور أي المفسدة فقد قال العلماء بسدها وقطع الطريق أمامها، بل حتى أن هذا الأصل أصبح يعرف بمبدأ سد الذرائع والذي هو حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها[354]، يقول الإمام ابن تيمية[355]: "ثم إن هذه الذرائع إذا كانت تفضي إلى المحرم غالبا فإنه يحرمها مطلقًا، وكذلك إن كانت قد تفضي لكن الطبع متـفاض لإفضائها، وأما إن كانت إنما تفضي أحيانا فإن لم يكن فيها مصلحة راجحة على هذا الإفضاء القليل وإلاّ حرمها أيضا"[356].

- **ثانيا : أقسام الذرائع:**

---

[350] الجوهري إسماعيل بن حماد، الصحاح، ج3، ص1211.

[351] ابن منظور، لسان العرب، ج9، ص450.

[352] الشاطبي، الموافقات، ج4، ص199.

[353] كما ذكر ابن قيم الجوزية: "الفعل أو القول المفضي إلى المفسدة قسمان..."، إعلام الموقعين، ج3، ص136.

[354] القرافي، الفروق، ج2، ص32.

[355] **ابن تيمية**: هو أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي، الملقب بتقي الدين، ولد سنة (661هـ) وتوفي سنة (728هـ)، حافظ متبحر مجتهد بلغ رتبة في العلوم لا نظير لها، وبرع في الفنون كلها، وخلف كنوزا كثيرة منها: "الفتاوى"، "اقتضاء الصراط المستقيم"، و"منهاج السنة"، "درء تعارض العقل والنقل". أنظر في ترجمته: شذرات الذهب، ج6، ص80. وتذكرة الحفاظ، ج4، ص1496. وأنظر: الزركلي، الأعلام، ج1، ص140.

[356] ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، ج3، ص139.

لقد أفاض العلماء في تقسيماتهم للذرائع بحسب إفضائها إلى المفسدة تقسيما يوضح الضوابط التي على أساسها تسد الذرائع أي تمنع التصرفات أو الأقوال وتأخذ حكم الغاية التي آلت إليها وهو المحظور، ومن هذه التقسيمات:

1. **أقسام الذرائع عند ابن قيم الجوزية:** قسم الإمام ابن قيم الذرائع إلى أربعة أقسام[357] هي:

- وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة: ومثل لها بشرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر والقذف المفضي إلى مفسدة الفرية والزنا المفضي إلى اختلاط المياه وفساد الفراش ونحو ذلك[358].

- وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوسل إلى المفسدة، ومثل لها بعقد النكاح قاصدا به التحليل وبعقد البيع قاصدا به الربا.

- وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بها التوسل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالبا ومفسدتها أرجح من مصلحتها ومثل لها بالصلاة في أوقات النهي وسب آلهة المشركين بين ظهرانيهم وتزين المتوفي عنها زوجها في زمن عدتها.

- وسيلة موضوعة للمباح وقد تفضي إلى المفسدة ومصلحتها أرجح من مفسدتها، ومثل لها بالنظر إلى المخطوبة والمستامة[359] وكلمة حق عند ذي سلطان جائر.

2. **أقسام الذرائع عند الإمام القرافي:** قسم الذرائع إلى ثلاثة أقسام[360] هي:

---

[357] أنظر تقسيماته في كتاب إعلام الموقعين، ج3، ص136.

[358] مما يلاحظ على هذا القسم خلطه بين الذرائع المفضية إلى مفاسد وبين المفاسد في حد ذاتها فالخمر والزنا والقذف محرمات في حد ذاتها وما ذكره مما تفضي إليه هي آثار مترتبة عنها يعتد بها كعلل وأسباب في تحريمها.

[359] **المستامة**: أي الأجنبية التي تساوم البائع في الشراء فيكون ذلك وسيلة للنظر إليها.

[360] القرافي، شرح تنقيح الأصول في اختصار المحصول في الأصول، مكتبة الكليات الأزهرية،1973، ص200.

- **ما أجمعوا على سده:** ومثل له بمنع عن سب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله تعالى حينئذ وكحفر الآبار في طريق المسلمين وإلقاء السم في أطعمتهم.
- **ما أجمعوا على عدم سده:** ومثل له بزراعة العنب فإنها لا تمنع بسبب الخشية من اتخاذها خمرا.
- **ما اختلفوا فيه:** ومثل له بالنظر إلى المرأة فقد يكون ذريع للزنا بها وكذا الحديث معها، وبيوع الآجال عند مالك رحمه الله.

3. **أقسام الذرائع عند الإمام الشاطبي:** لقد أرسى الشاطبي بتقسيماته للذرائع القواعد العامة التي تضبط تصرفات المكلفين واستعمالهم لحقوقهم، وذلك ببيان أوجه استعمالها وفق ما تؤول إليه من أضرار ومفاسد، حيث قسم الأفعال – بحسب ما ينجر عليها من مضار للغير – المشروعة أو المأذون فيها إلى ضربين[361]:

- **أولهما:** أن لا يلزم عنه إضرار بالغير، وهذا حكمه باق على أصله من الإذن.
- **ثانيها:** أن يلزم عنه ذلك – أي ضرر بالغير – وهذا على قسمين:

- **أولاً:** أن يقصد صاحب ذلك الحق الإضرار كالمرخص سلعته لطلب عيشه فينجر عنه ضرر لغيره. وحكم هذا أنه لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار.

أما حكم العمل فإن كان لصاحب الحق وجه آخـر لتحقيق المصلحة أو درأ المفسدة منع

العمل لتحقق قصد الإضرار، وكذلك إن لم يكن له غير هذا الوجه من العمل الذي يضر بغيره وكان قاصدا الإضرار بالغير، فإنه كذلك يمنع، وقد يقيد المنع من التصرف بالموازنة بين الضرر اللاحق بالغير والضرر اللاحق

[361] أنظر تقسيمات الشاطبي للذرائع، الموافقات، ج2، ص348 وما بعدها.

بصاحب الحق فإن كان ضرره مساويا لضرر الغير أو أقل فلا يمنع، وأما إن كان ضرر الغير فاحشا منع صاحب الحق من ممارسة حقه.

- **ثانيا:** ألا يقصد الإضرار بالغير ولكن لزم عنه ذلك، ففي هذه الحالة فالضرر إما أن يكون:

1. **عامًا:** كتلقي السلع وبيع حاضر لباد والإمتناع عن بيع الدار للمصلحة العامة كتوسعة طريق أو بناء مسجد. وحكم هذه الحالة أنه يمنع من استعمال حقه، فليس له الإمتناع عن بيع داره لتعلق المصلحة العامة بذلك وهي مقدمة على المصلحة الخاصة مع جبر ضرره بتعويض عادل مادام الضرر يمكن أن ينجبر، وأما تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي فيمنع هذا التصرف إذا ما لحق العامة مضرة، وهذا ما تؤكده القاعدة الشرعية: "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام"[362].
2. **خاصًا:** وهو على قسمين :

❖ أن يلحق الضرر الغير ويلحق صاحب الحق إن منع من تصرفه لكونه يحتاج إليه كالدافع عن مفسدة مظلمة يعلم أنها تقع على غيره.

وحكم هذه الحالة الجواز وإن لحق ضرر بغيره لأن جلب الإنسان لمصالحه ودفع المفاسد عنه مقصود للشارع لا محالة فسبق الإنسان إلى فعل ما يجلب له مصلحة أو يدفع مفسدة كالشراء أو الإجارة والحيازة قبل غيره حق مشروع ثابت على وجه الإباحة كما يجوز له إسقاطه، إلا إذا ترتب على تصرفه ضرر فاحش للغير كمن لم يحتج إلى طعام بيده واضطر إليه غيره فيؤخذ منه جبرا بقيمته، أو ضرر عام كإجبار المحتكر على بيع ما في يده.

---

[362] المادة رقم 25، درر الحكام، ج1، ص40.

وهذا الحكم على هذا التصرف هنا هو الحكم الفقهي القضائي ويبقى الحكم الخلقي المتمثل في الإيثار والمشاركة متروك لصاحب الحق وذلك للبعد الأخلاقي الذي يراعيه التشريع في أحكامه[363].

❖ أن يلحق الضرر بالغير لكن لا يلحقه أي ضرر إن منع من التصرف في حقه وفي هذه الحالة إما:

- أن يكون تصرفه يؤدي إلى المفسدة قطعا كحفر بئر خلف باب الدار يقع الداخل إلى الدار فيه حتما في الظلام.

والحكم هنا أنه يمنع من التصرف أو الفعل لأن مثل هذا العمل مظنة لقصد الضرر وتقصير وإهمال، لأن الشريعة تلزم المتصرف الحيطة والحذر واليقظة منعا للإضرار بالغير ومنه قال ρ: ((**لا ضرر ولا ضرار**))[364] فإذا فعله يكون متعديا ويضمن ضمان المعتدي.

- أن يكون تصرفه يؤدي إلى المفسدة نادرا كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالبا إلى وقوع أحد فيه.

وحكم هذا الوجه بقاؤه على أصل الإذن وهذا للموازنة بين المصلحة المرجوة والمفسدة المتوقعة، فمادامت المفسدة المترتبة على هذا التصرف أقل من المصلحة المرجوة فيباح التصرف، لأن العبرة هنا بغلبة المصلحة على المفسدة، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة مع معرفته بندور المضرة عن ذلك تقصيرا في النظر ولا قصدا إلى وقوع الضرر فالعمل إذن باقٍ على أصل المشروعية"[365]

أن يكون تصرفه يؤدي إلى المفسدة كثيرا لا نادرا وهذا التصرف على نوعين:

---

[363] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص194-195.

[364] مر تخريجه ص41 من هذا البحث.

[365] الموافقات، ج2، ص359.

1. أن يكون الضرر غالبا كبيع السلاح من أهل الحرب والعنب من الخمار، فهذا التصرف من حيث أصل الفعل فإنه مباح ومأذون فيه، لكن هل تحمل مظنـة المفسـدة – كاتخاذ الخمر بشراء العنب – محمل العلم واليقين فيرجح الظن ويمنع العمل ولا ينظر إلى أصل الإباحة وذلك لعدة أمور منها أن الظن في العمليات يجري مجرى العلم، وكذلك لأن القول بجوازه يدخل في باب التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه فمن الإحتياط القول بمنعه دفعا للفساد عن التمع.

2. أن يكون الضرر كثيرا لا غالبا كمسائل بيوع الآجال، وحكم هذا النوع من التصرفات مختلف فيه ومذهب الشاطبي الجواز حيث قال أن الأصل فيه الحمل على الأصول من صحة الإذن كمذهب أبي حنيفة والشافعي وغيرهما، ومرد ذلك أن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان إذ ليس هذا الإحتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ولا قرينة ترجح أحد الجانبين واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام القصد إليه فلا يحكم ببطلان التصرف لضرر متوقع ولا يتحمل صاحب الحق تبعة هذا الضرر المتوقع، كمسألة بيع العينة[366] وهو البيع الذي يتذرع به إلى الربا، وهو بيع لا يغلب على الظن أن وقوع أي عقد على شاكلتـه أنه مفض إلى ربا ما لم يصدر من المتعاقدين ما يجلي القصد إلى الربا يقينا لا ظنا فرجح الأصل وهو الجواز على المنع. وهذا بخلاف ما هو عليه رأي الإمام مالك الذي يعتد بغلبة الظن كاليقين وذلك من

[366] هو بيع يقصد به التعامل بالربا أي يتخذ كحيلة للوصول إلى الربا، ومن صوره أن يرغب شخص في أن يقترض من آخر وهذا لا يرغب أن يقرض بدون فائدة فيلجأ إلى حيلة توسيط بيع ليكون مشروعًا، وذلك بأن يشتري المقترض من المقرض داره بمبلغ ألف يدفعها له بعد سنة شرط أن يبيعها له ثانية، وأن يبيعها لوسيط آخر يبيعها بدوره له بمبلغ ثمانين ألف تدفع حالا، فتكون النتيجة أن المقترض صار مدينا لصاحب الدار بمبلغ ألف مؤجلة إلى سنة مع أنه لم يقبض من المقرض (صاحب الدار) سوى ثمانين ويكون صاحب الدار (المقرض) قد استفاد بثمانين كفائدة لمبلغه. حليمة آيت جودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بيروت، دار الحداثة للطباعة، ص60. وأنظر في تعريف بيع العينة: أبو بكر بن الحسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام الأئمة مالك، دار الفكر، ط2، ج2. وانظر: مقدمات ابن رشد، بيروت ، دار صادر، ص526.

مبدأ الإحتياط في درأ الفساد وسدا للطريق من وقوعه معتمدا في ذلك على مبدأ سد الذريعة في حد ذاته وذلك بالنظر إلى مآلات وثمار الأفعال وتحكيما للقاعدة " درء المفاسد أولى من جلب المنافع"[367]

- ثالثا : أدلة حجية مبدأ سد الذرائع:

لقد أورد العلماء القائلين بمبدأ سد الذرائع أدلة متظافرة على حجية هذا المبدأ منها:

- الدليل الأول: قوله تعالى: [**يأيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا وللكافرين عذاب أليم**] [368]

يقول الإمام القرطبي في هذه الآية: "وحقيقة راعنا في اللغة ارعنا ولنرعك لأن المفاعلة من اثنين فتكون من رعاك الله أي احفظنا ولنحفظك...عن ابن عباس رضي الله عنهما: "كان المسلمون يقولون للنبي ρ راعنا على جهة الطلب والرغبة – من المراعاة – أي التفت إلينا، وكان هذا بلسان اليهود سبا، أي اسمع لا سمعت فاغتنموها وقالوا: كنا نسبه سرا فالآن نسبه جهرا، فكانوا يخاطبون بها النبي ρ ويضحكون فيما بينهم...ووجه التمسك بها أن اليهود كانوا يقولون ذلك وهي سب بلغتهم فلما علم الله ذلك منهم منع من إطلاق ذلك اللفظ لأنه ذريعة للسب"[369].

ويقول ابن تيمية: "نهاهم سبحانه أن يقولوا هذه الكلمة – مع قصدهم الخير – لئلا يكون قولهم ذريعة إلى التشبه باليهود في أقوالهم وخطابهم فإنهم كانوا يخاطبون بها النبي ρ ويقصدون السب، يقصدون فاعلا من الرعونة فنهى المسلمون

---

[367] المادة رقم 30، درر الحكام، ج1، ص41.
[368] سورة البقرة الآية 104.
[369] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص57-58.

عن قولها سدا للذريعة المشابهة ولئلا يكون ذلك ذريعة إلى أن يقولها اليهود للنبي ρ تشبها بالمسلمين، يقصدون بها غير ما يقصده المسلمـون"[370].

- **الدليل الثاني:** قوله تعالى: [**ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما** يخفين **من زينتهن وتوبوا إلى الله جميعًا ايـه المومنون لعلكم تفلحون**] [371].

يقول ابن العربي[372]: "كانت المرأة تضرب برجلها ليسمع قعقعة خلخالها فمن فعل ذلك فرحا بحليهن فهو مكروه، ومن فعل ذلك تبرجا للرجال فهو حرام، وكذلك من صر[373] نعله من الرجال إن فعل ذلك عجبا حرم، فإن العجب كبيرة وإن فعل ذلك تبرجا لم يجز"[374].

يقول الإمام ابن قيم الجوزية: "فمنعهن من الضرب بالأرجل وإن كان جائزا في نفسه لئلا يكون سببا إلى سمع الرجال صوت الخلخال فيثير ذلك دواعي الشهوة منهم إليهن"[375].

- **الدليل الثالث:** نهيه ρ عن الجلوس بالطرقات فعن أبي سعيد الخذري رضي الله عنه أن النبي ρ قال: ((**إياكم والجلوس بالطرقات**)) فقالوا: يا رسول الله مالنا من مجالسنا فنتحدث فيها، فقال: ((**فإذا أبيتم إلا الجلوس فأعطوا الطريق حقه**))، قالوا: وماحق الطريق؟ قال: ((**غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر**))[376].

---

[370] إعلام الموقعين، ج3، ص137.

[371] سورة النور الآية 31.

[372] **ابن العربي**: هو أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المعافري الأندلسي الإشبيلي، ولد (468هـ) وتوفي سنة (543هـ) ودفن بمدينة فارس، له مصنفات كثيرة منها: "أحكام القرآن"، و"عارضة الأحوذي في شرح الترمذي". أنظر في ترجمته: وفيات الأعيان، ج4، ص296.

[373] **صرّ**: أي أحدث به صوتا شديدًا.

[374] ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص1376.

[375] إعلام الموقعين، ج3، ص137.

[376] أخرجه البخاري ومسلم، البخاري، كتاب الإستئذان، الباب الثاني، حديث رقم 6229، ج11، ص8. مسلم، كتاب اللباس والزينة، الباب 32، حديث رقم 2121، ج14، ص85-86.

والحكمة في النهي عن الجلوس في الطرقات أنه بجلوسه يتعرض للفتنة، فإنه قد ينظر إلى الشهوات مما يخاف الفتنة على نفسه من النظر إليهن مع مرورهن، وفيه التعرض للزوم حقوق الله والمسلمين، ولو كان قاعدا في منزله لما عرف ذلك ولا لزمته الحقوق التي قد لا يقوم بها، ولما طلبوا البقاء في مجالسهم وأنه لابد لهم منه، عرفهم بما يلزمهم من الحقوق[377].

- **الدليل الرابع:** عن أبي الحوراء السعدي قال: قلت للحسن بن علي: ما حفظت من رسول الله ρ ؟ قال: حفظت عن رسول الله ρ : ((**دع ما يريبك إلى مالا يريبك، فإن الصدق طمأنينة وإن الكذب ريبة**))[378].

وقد استدل به الإمام الباجي على مشروعية سد الذرائع لأن الحديث ينهى عن ترك ما يريب والذرائع مما يريب، والذرائع إلى الحرام مما يريب[379].

- رابعًا : مدى التلازم بين **مبدأ الذرائع والتعسف** في **استعمال الحق:**

بهذه التقسيمات الدقيقة للتصرفات من حيث مآلها إلى المضرة والمفسدة يكون الفقهاء قد أسسوا لنظرية التعسف تأسيسا صحيحا، حيث أفصحت هذه التقسيمات عن المعايير والضوابط التي تضبط التصرف المأذون فيه من حيث مآله، سواء كان الضابط ذاتيا معنويا أي ما تعلق بقصد المتصرف بفعله الضرر حيث أن الفقهاء متفقون على أن الفعل يمنع إذا قصد به الإضرار أو قصد به أمر ممنوع إذا ظهر هذا القصد ووقع خلافهم فيما إذا لم يصرح به ويظهر عن طريق العبارة. وكذا فقد ضبطت هذه التقسيمات التصرفات بضابط ومعيار مادي كذلك حين

---

[377] الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، صححه وعلق عليه: فواز أحمد زمرلي، وإبراهيم محمد الجمل، بيروت، دار الكتاب العربي، ط2، 1986، ج4، ص394.

[378] أخرجه الترمذي، كتاب صفة يوم القيامة، الباب60، حديث رقم 2518، ج4، ص668.

[379] الباجي، أحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد المجيد التركي، ط1، 1986، بيروت، دار الغرب الإسـلامي، ص691.

ربطت التصرف بالضرر الناتج والمترتب عنها وفق مبدأ الموازنة بين المصلحة المرجوة والضرر المترتب حيث توازن الشريعة بينهما فإذا ترجح الضرر عن المصلحة منع العمل بغض النظر عن الدوافع ومقصد صاحب الحق بتصرفه واستعماله حقه.

وكل هذا مرده فلسفة التشريع الإسلامي المبنية على الاحتياط، لذا فإن نظرية التعسف في استعمال الحق تعتبر من صلب هذا التشريع من خلال مبدأ سد الذرائع والذي يمثل الجانب الوقائي من ترتب الأضرار والمفاسد والذي هو ذاته دور نظرية التعسف.

وقد وضح هذا الإمام الشاطبي بقوله: "والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة، فإن كان هذا معلوما على الجملة والتفصيل فليس العمل عليه ببدع في الشريعة بل هو أصل من أصولها راجع إلى ما هو مكمل إما لضروري أو حاجي أو تحسيني"[380].

وبهذا يظهر مدى التلازم بين مبدأ سد الذرائع والتعسف في استعمال الحق وذلك أن مبدأ الذرائع ينظر إلى مآل التصرفات وثمرتها، وما تنتهي إليه من خير أو شر أو منفعة أو مفسدة، والنظر إلى مآلات الأفعال هو نتيجة لنظرية التعسف فإن صاحب الحق إذا ما استعمل حقه وآل إلى ضرر بالآخرين عد تصرفه واستعماله لحقه تعسفا وجب درؤه، وكليهما يبنى ويتأسس على اعتبار المآل والدافع إلى التصرف فتسد الذريعة ويدرؤ التعسف وذلك بمنع التصرف الذي أصبح وسيلة لغاية غير معتبرة شرعا.

المطلب الثاني

قاعدة الأمور بمقاصدها[381]

---

[380] الموافقات، ج2، ص364.

[381] المادة رقم 2، درر الحكام، ج1، ص19.

وأصل هذه القاعدة حديث النبي ρ : ((**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى**)) وغيره من الأحاديث الواردة في النية[382].

والأمور جمع أمر وهو في اللغة الحال أو الشأن أو الحادثة والمقصود به في القاعدة هو الفعل أي عمل الجوارح ومنها اللسان وفعله القول[383].

والمقاصد جمع مقصد من القصد ومعناه الإعتزام، ويأتي بمعنى النية وهو المعنى المراد في القاعدة. والنية في الاصطلاح لها معنيين معنى عام ومعنى خاص.

فالنية بمعناها العام هي انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا لغرض من جلب نفع أو دفع ضر حالا أو مآلاً[384]، وبمعناها الخاص هي قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى بإيجاد الفعل[385].

وعليه فالمراد من القاعدة أن جميع تصرفات وأعمال المكلفين قولية كانت أو فعلية يقاس ما

فيها من خير أو شر ومقدار ذلك الخير أو الشر بنية الشخص وما قصده إلى ذلك الفعل من الأثر[386] فالأفعال تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب باختلاف مقصود الشخص وغايته وهدفه من وراء تلك الأعمال والتصرفات[387] أي أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو مقصود من ذلك الأمر[388]. فأعمال المكلفين وتصرفاتهم من أقوال وأفعال يحكم على مشروعيتها بحسب المقصود منها دون التوقف على ظاهر الفعل، وكل هذا مرده اعتداد الفقهاء

---

[382] أنظر في هذا: د. محمد صدقي بن أحمد البورنوا، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1983، ص45.

[383] أنظر: درر الحكام، ج1، ص19.

[384] السيوطي، الأشباه والنظائر ، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1990م، ص30.

[385] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص29.

[386] محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص274.

[387] مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي، مرجع سابق، ج2، ص965.

[388] أحمد البورنوا، مرجع سابق، ص48.

بالباعث[389] في التصرفات حيث أحلوه محله اللائق في أحكامهم وما هذه القاعدة إلا صورة من صور مراعاتهم له، وإن كانوا يفترقون في مدى الأخذ به ومراعاته، ومرد هذا إلى الصبغة الدينية للفقه الإسلامي والبعد الأخلاقي في جميع تشريعاته كما وضحنا ذلك سابقًا، لكن دون أن يهمل الجانب الموضوعي في التصرفات حيث وإن اعتد بالباعث وراعى المقصود في التصرفات لم يهمل جانب الظاهر والعبارة واعتمادها في بناء حكم كل تصرف، كما ذهب إليه الإمام الشافعي حين يقرر أحكامه ويبنيها على الإرادة الظاهرة أي على نتيجة العبارة وكذا بعض من فقهاء الحنفية باعتبار صعوبة إثبات النوايا بخلاف ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية الذين اعتدوا بالإرادة الباطنة أي اعتبار القصد والنية أساسا ترتبط بهما الأحكام، وذلك لكون العبارة ما هي إلا دليل وإخبارا عن القصد فإذا انحرفت العبارة عن الإرادة الحقيقة كان الإخبار بها إخبارا كاذبا، ويستدل على الإرادة الباطنة بالقرائن والأدلة المنبئة عنها، فالعبرة عندهم بما انعقد عليه العزم وتحقق به الرضا والقصد إلى السبب ولم تكن الأحكام مترتبة على الألفاظ إذ الأعمال بالنيات[390].

يقول الإمام ابن قيم الجوزية: "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والإعتقادات معتبرة في التصرف والعبادات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حرما أو صحيحا أو فاسدا"[391].

ومن أمثله هذا ما جاء في المغني: "وبيع العصير ممن يتخذه خمرا بـاطل". "وجمـلة ذلك أن يبيع

العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا حرام ولنا قول الله تعالى: [**ولا تعاونوا على الاثم والعدوان**] [392]

---

[389] المراد بالباعث: الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر والمقصود به هنا الدافع إلى تحقيق غرض غير مشروع. أنظر: د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص207-208.

[390] أنظر: د. محمد سلام مدكور، مرجع سابق، ص558-559.

[391] إعلام الموقعين، ج3، ص96.

[392] سورة المائدة الآية2.

وهذا نهي يقتضي التحريم"[393].

وما جاء في تبصرة الحكام: "ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب يعني من الحربيين ويلحق بذلك بيع الخشب لمن يعمل منها صليبا وبيع الدار لمن يعملها كنيسة والعنب لمن يعصره خمرا"[394].

وجاء في الشرح الكبير: "ويمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمرا لا يجوز كبيع جارية لأهل الفساد وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة وبيع خشب لمن يضعها صليبا وبيع العنب لمن يعصره خمرا..."[395].

فيستخلص من كل هذا مدى إعمال الباعث ومراعاته في العقود والتصرفات وبناء الحكم على أساسه، وعليه فإنه يعد كضابط ووسيلة لإبطال أي تصرف ظاهره الجواز ويقصد به الوصول إلى أمر ممنوع شرعا.

ويوضح هذه النـزعة في الفقه الإسلامي الدكتور السنهوري بقوله: "وعلى الرغم من أن الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعية بارزة يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، أي يأخذ بمبدأ الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة حتى كان أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرماني...، إلا أنه من جهة أخرى فقد تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها، فكان ينبغي أن تكون لنظرية السبب مكان ملحوظ يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني"[396].

- **صلة المقصد بالتعسف:** صلة الباعث أو المقصد بالتعسف من خلال ما ذكرنا تبدوا صلة واضحة إذ يمثل الباعث في التصرفات المعيار الذاتي في نظرية التعسف،

---

[393] ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مطبوع مع كتاب المغني، بيروت، دار الكتاب العربي،1983م، ج4، ص40. وأنظر: إعلام الموقعين، ج3، ص138.

[394] أنظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، مراجعة: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبـة الكليات الأزهرية، ط1، 1986م، ج2، ص200.

[395] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص7.

[396] د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج4، ص53.

وعليه فإن نظرية التعسف في معيارها الذاتي ليست إلا تطبيقا لفكرة الباعث، فإذا علم الباعث غير المشروع بطل التصرف، وتوضيحا وتأكيدا لهذا المعنى تفرع عن هذه القاعدة الأصلية قاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"[397]، وذلك كتخصيص للقاعدة السابقة في العقود، خاصة مما ذكرنا لها من أمثلة في الفقه الحنبلي والمالكي.

المطلب الثالث
قاعدة لا ضرر ولا ضرار[398]

أصل هذه القاعدة حديث النبي ρ : ((**لا ضرر ولا ضرار**))[399]، وهي قاعدة تنص على نفي الضرر وذلك بوجوب منعه مطلقًا ويشمل الضرر العام والضرر الخاص[400] وسواء كان هذا الضرر واقعا أو متوقعا، فإن كان الضرر واقعا فهو غير مشروع الإبقاء وجب إزالته بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره بغض النظر عن منشأ الضرر سواء كان ناشئ عن فعل غير مشروع في الأصل أو عن فعل مشروع، وإن كان متوقعا أي قبل وقوعه وجب دفعه بطرق الوقاية الممكنة وذلك لأن دفع الضرر قبل وقوعه أولى من رفعه وإزالته بعد تحققه[401]. هذا والمراد بالضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقا والضرار إلحاق المفسدة بالغير على وجه المقابلة له أي مقابلة الضرر بالضرر.[402]

والمقصود بنفي الضرار في القاعدة نفي فكرة الثأر لرد الإنتقام والذي يزيد في الضرر ويوسع دائرته لأن الإضرار حتى ولو كان على سبيل المقابلة لا يجوز أن

---

[397] المادة رقم 3، درر الحكام، ج1، ص21.

[398] المادة رقم 19، درر الحكام، ج1، ص36.

[399] مر تخريجه ص41 من هذا البحث.

[400] د. أحمد البورنوا، مرجع سابق، ص79.

[401] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص227.

[402] أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1983م، ص113.

يكون هدفا مقصودا إنما يلجأ إليه اضطرارا عندما لا يكون غيره من طرق التلافي وتحاشيه ممكنا[403].

هذا ويراعى في رفع الضرر إن تعذر رفعه الموازنة بين المضار المترتبة بأن يتحمل الضرر الأخف في سبيل دفع الضرر الأكبر والأشد كما سوف نراه في القاعدة الآتي ذكرها، ومن تطبيقات وأمثلة هذه القاعدة ما ذكره الإمام العز بن عبد السلام في معرض حديثه فيما إذا اجتمعت مصالح ومفاسد بوجوب درء المفاسد إذا كانت أعظم من المصالح ولم يمكن تحصيل هذه الأخيرة ودرء المفاسد حيث يقول في مثاله التاسع عشر: "الحجر على المفلس مفسدة في حقه لكنه ثبت تقديما لمصلحة غرمائه على مصلحته في الإطلاق بخلاف الإنفاق عليه وعلى أهله إلى يوم قضاء الدين فإن مصلحته بالكسوة والإنفاق ومصلحة من يلزمه مصلحته مقدمة على مصالح غرمائه"[404]، فقد شرع الحجر لرفع الضرر عن الدائنين من تبديد المفلس ماله الذي تعلق حقهم به، وإن كان في رفع حرية تصرف المالك في ماله مساس بحقه في حرية التصرف، وذلك لترتب الضرر عن استعمال هذا الحق، فلو ترك له لكان تعسفًا جليا في استعمال حقه في حرية التصرف بما يلحق مفسدة ومضرة بغيره، فوجب منع التعسف درءًا لهذا الضرر ورفعا له، فهذه القاعد تعد إرساءًا لنظرية التعسف في معيارها المادي الموضوعي وذلك بنفي الضرر في حد ذاته ومنع ترتب ضرر جديد عند إزالة ضرر آخر ما لم يكن أخف من الأول عملاً بمبدأ الموازنة بين المفاسد والتي هي أحد الأسس التي تبنى عليها نظرية التعسف في الفقه الإسلامي.

---

[403] أنظر: مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص978.

[404] قواعد الأحكام، ج1، ص89.

ومن أمثلتها كذلك ما ذكره ابن جزي[405] في قوانينه الفقهية أن من أحدث ضررا أمر بقطعه ولا ضرر ولا ضرار، ويتقسم الضرر المحدث إلى قسمين: أحدهما متفق عليه والآخر مختلف فيه. فالمتفق عليه أنواع: فمنه فتح كوة أو طاق يكشف منها على جاره فيؤمر بسدها أو سترها ومنه أن يبني في داره فرنا أو حماما أو كير حديد. أما المختلف فيه فمثل أن يعلي بنيانا ويمنع جاره ضوء الشمس فالمشهور أنه لا يمنع منه وقيل: يمنع، ومنه أن يبني شيئا يمنع الريح عنه فالمشهور عنه"[406].

فكل تصرف نشأ عنه ضرر وإن كان في الأصل مباحا منع سدا ودرءا للمفسدة، ومنه فإن تقييد حقوق الملكية بما لايضر بالغير هو من باب صيانة حق الملكية في حد ذاتها مما قد تجره من ضرر مقابل من الطرف المتضرر لذا فقد أقرت الشريعة أنه لا ضرر ولا ضرار.

المطلب الرابع

قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام[407]

تقرر من خلال القاعدة السابقة رفع الضرر في الشريعة وذلك بنفيه مهما كان الضرر عاما أو خاصا. ومن أوجه دفع الضرر ترجيح درئه إن كان عاما على الضرر الخاص الذي يتحمل من باب الموازنة بين المفاسد إذا لم يمكن درؤهما معا، وذلك باعتبار الخاص ارتكابه أخف أثرا وأهون من حصول الضرر العام لأن في درئه تحقيق للمصلحة العامة، وكل هذا مبناه الموازنة بين الحقوق – وما يترتب

---

[405] **ابن جزي**: هو محمد بن أحمد بن عبد الله أبو القاسم ابن جزي الكلبي، من العلماء بالأصول والفقه واللغة العربية، له كتاب القوانين الفقهية. أنظر في ترجمته: شجرة النور الزكية، ص213. وأنظر: الزركلي، الأعلام، ج5، ص325. وأصول الفقه تاريخه ورجاله، مرجع سابق، ص327.

[406] ابن جزي، القوانين الفقهية، الجزائر، مكتبة الشركة الجزائرية، ص346.

[407] المادةة رقم 26، درر الحكام، ج1، ص40.

عنها من مصالح ومضار – والذي هو أحد الأسس الذي تنبني عليها نظرية التعسف في استعمال الحق.

فهذه القاعدة تدخل ضمن القاعدة السالفة الذكر، وهي قاعدة مبنية على أساس من المقاصد الشرعية في مصالح العباد استخرجها التهدون من الإجماع ومعقول النصوص[408] واستقراء الأحكام.

وتفيد هذه القاعدة بأن تصرف الفرد مشروع له بما يحقق له من مصلحة أو يدفع عنه مفسدة إذا لزم عنه ضرر عام يلحق بالمسلمين عامة أو قطرا من أقطارهم أو جماعة عظيمة منهم ويغلب على الظن وقوعه، فعند ذلك يمنع الفرد من التصرف وعليه أن يتحمل ضرره الخاص دفعا للضرر العام[409].

ومن تطبيقات هذه القاعدة منع الاحتكار وذلك لضرره العام الذي يعود على أهل السوق من التجار ورفع الأسعار وغلائها على عامة الناس، وذلك ببيع سلعة المحتكر جبرا عنه إذا لم يبعها بثمن المثل[410] وهذا دفعا لضرر الاحتكار العام وإن كان فيه ضرر للتاجر المحتكر في حد ذاته، لأن العلة في منع الاحتكار تتمثل في دفع الضرر عن العامة[411] وكذا ما تعلق بالتسعير، فكما رأينا سابقًا فإن لولي الأمر التدخل في فرض تسعير جبري مستعينا بأهل الخبرة وذلك إذا ما غلت الأسعار غلاء فاحشا واشتدت الحاجة بالناس، وكل هذا دفعا لضرر العام ولو على حساب الضرر الخاص للتجار[412].

وكذلك في نزع الملكية الخاصة كدار أو أرض في سبيل مصلحة عامة كتوسعة طريق أو مسجد أو بناء يتعلق به المصلحة العامة كمستشفى أو غيره، وذلك مع التعويض العادل لصاحب الملكية[413].

---

[408] د. أحمد البورنوا، مرجع سابق، ص84.
[409] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص235.
[410] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص243.
[411] أنظر: الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار الفكر، ط3، 1992م، ج4، ص228.
[412] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص262.
[413] أنظر في هذا: الموافقات، ج2، ص350.

هذا وليس لصاحب الحق أو المتضرر بموجب مراعاة المصلحة العامة بدفع الضرر عنها التمسك بحقه لكونه تعسفا، فمن مبدأ الموازنة بين الحقوق والمصالح والمضار فإن ارتكاب الضرر الأخف أو تفويت المصلحة الخاصة عند تعارضها مع المصلحـة العـامة والذي هو مقتضى هذه

القاعدة الفقهية يمثل أحد الأسس الذي تنبني عليه نظرية التعسف ومعيـار من معـاييـرها الذي تنضبط به التصرفات من حيث ترتب الضرر عنها.

المطلب الخامس

قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف[414]

وهي قاعدة معناها يدخل في معنى القاعدتين السابقتين، وهي قاعدة تقوم على مبدأ الموازنة بين الحقوق عند تعارضها وتوسعة دائرة مبدأ الموازنة إلى الموازنة بين الحقوق الخاصة فيما بينها عند التعارض إذ أن القاعدة السابقة " يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام " تحكم عند ترتب ضرر عن التصرف المأذون فيه شرعا يمس بالجماعة، أما هذه القاعدة فتوسع المبدأ كما ذكرنا إلى حالة تعارض الحقوق الفردية فيما بينها حيث يراعى الأشد بارتكاب وتحمل الضرر الأخف.

وهي قاعدة كسابقتيها تأسس لنظرية التعسف في معيارها المادي الصرف وهو ترتب الضرر دون مراعاة البواعث والدوافع لذلك من صاحب الحق، فإذا لزم عن التصرف المأذون فيه ضرر للغير أكبر من ضرر صاحب الحق مالو منع من تصرفه، فإن هذا التصرف يمنع ويدفع اعتمادا على ضابط الموازنة وفق ما تقره هذه القاعدة، وليس لصاحب الحق التمسك بحقه في هذه الحالة لأنه تعسف جلي وجب درؤه.

---

[414] المادة رقم 27 من المجلة

ومن تطبيقات هذه القاعدة قضاء النبي ρ بقلع نخلة سمرة بن جندب حيث أن بقائها في البستان وتردد سمرة عليها يرتب ضررا لصاحبه أكبر من ضرر قلعها وذلك بعد أن رفض سمرة جميع ما عرض عليه من حلول تعويضية، يقول الإمام ابن قيم الجوزية في هذا: "فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه"[415].

المطلب السادس

قاعدة درأ المفاسد أولى من جلب المصالح[416]

وأصـل هذه القاعدة قوله ρ : ((... **فإذا أمرتكم بالشيء فخذوا به ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه**))[417] حيث يفيد منع الحرام مطلقا وسد الطريق أمامه أما المباح أو الواجب فالعبد في امتثاله له متوقف على مدى قدرته واستطاعته في الإتيان به ولذا شرعت الرخص حال المشقة في تطبيق المأمور والإتيان به، أما الممنوع فلا تحكمه الرخصة مطلقا وإنما الضرورة التي يخشى بها على الكليات الخمس التي جعلها الإسلام مقاصد تشريعه، وعليه فإنه إذا تعارضت مصلحة ومفسدة فإن دفع المفسدة ودرؤها مقدم وأولى من تحقيق المنفعة، إلا أن تكون المصلحة راجحة[418] ووجه الحكمة في هذا لخصه الإمام الزرقاء بقوله: "لأن للمفاسد سريانا وتوسعا كالوباء والحريق فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في

---

[415] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص264.

[416] المادة رقم 30، درر الحكام، ج1، ص41.

[417] أخرجه النسائي، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، كتاب مناسك الحج،باب وجوب الحج، بيروت، دار الجيل، ج5، ص110.

[418] أنظر في هذا المعنى: د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص238. ود. أحمد البورنوا، مرجع سابق، ص85-86.

مهدها ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها ومن ثم كان حرص الشارع على المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق المأمورات"[419].

ومن فروع هذه القاعدة الحجر على السفيه لأن في ترك حرية التصرف له في المال مفسدة ضياع المال وتبديده من غير فائدة باعتبار أن المال أحد المقاصد الشرعية، وإن كان الحجر حد من حرية التصرف الثابت شرعا، وكذا ليس للمالك أن يفتح كوة تشرف على مقر نساء جاره بل يكلف أن يتخذ فيها ما يقطع النظر، وكذلك ليس له أن يحدث في ملكه ما يضر بجاره ضررا بينا كاتخاذه بجانب داره طاحونا يوهن البناء[420].

المطلب السابع
ما يستخلص من هذه القواعد

من خلال هذه الطائفة من القواعد الفقهية والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية يتجلى واضحا أن التشريع الإسلامي قد ضبط التصرفات المأذون فيها بضوابط كي لا تتناقض ولا تخالف المقصد والمصلحة الشرعية التي شرعت من أجلها، حيث اعتد بالمآل وراعى الباعث في التصرفات وربط به مشروعية الفعل. فإن كان الدافع للفعل إلحاق ضرر أو مفسدة بالغير فردا أو جماعة منع التصرف واعتبر عملاً غير مشروع، وهذا ما أرساه مبدأ الذرائع من أن الوسيلة تأخذ حكم الغاية، فإن كانت الغاية ممنوعة طبعت الوسيلة كذلك بالمنع وإن كانت في أصلها مباحة ومشروعة. وما أرسته كذلك قاعدة " الأمور بمقاصدها " وهذا ما يمثل في حد ذاته المعيار

---

[419] مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ج2، ص985.

[420] أنظر في فروع هذه القاعدة ما أورده أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص151-152.

الذاتي أو الشخصي أي الدافع غير المشروع لأنه يكشف عن سوء النوايا التي تتخذ من الأفعال المباحة ذريعة إلى الممنوع شرعا.

وكذا تفي الضرر بجميع أنواعه الخاص والعام سواء كان واقعا أو متوقعا إن كان راجحا على المصلحة المرجوة من الحق، وقد فصل فيه الإمام الشاطبي وبين مراتبه بشكل دقيق مفصل حيث ربط كذلك مشروعية الفعل بما ينجم عنه من ضرر سواء كان قاصدا للضرر أم لا، فإذا ما ترتب عن التصرف المأذون فيه ضرر راجح وجب درؤه ومنعه بمنع التصرف في حد ذاته بإزالة صفة المشروعية عنه باعتباره كان سببا ووسيلة إلى تحققه كما قررته القواعد المذكورة، وهذا على أساس من مبدأ الموازنة الذي يقيم نظرية التعسف على أصولها الصحيحة، موازنة بين المضار وذلك بارتكاب أخف الضررين عند التعارض، كما أقرته قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" أو بين المصالح والمضار وذلك بترجيح رفع المفسدة على تحقيق المصالح وذلك كما أقرته القاعدة الأخيرة من هذا المبحث.

ومجمل ما جاء في هذه القواعد يعد إرساء للمعيار المادي الموضوعي لنظرية التعسف الذي يقوم على أساس تحقق الضرر للغير.

وبهذا فقد أصلت هذه المؤيدات من المبادئ والقواعد الشرعية لنظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي وضبطت في ذات الوقت معيارا التعسف والمتمثل في المعيار الذاتي الذي يراعي الدوافع غير المشروعة لاستعمال الحق والتي تناقض الغرض المشروع من أجله سواء كان غرضا اجتماعيا أو اقتصاديا أو غير ذلك في التشريع الإسلامي، والمعيار المادي الموضوعي والذي يقوم على أساس تحقق الضرر للغير جراء استعمال الحق، وهذان المعياران هما ما سوف نتناوله في المبحث الآتي حيث سنوضحهما من خلال ما ذهب إليه الفقهاء وأصحاب القانون.

المبحث الثالث

معايير التعسف بين الفقه والقانون

المطلب الأول

معايير النظرية في الفقه الإسلامي

من خلال ما ذكرنا فقد رست نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي رسوا متينا أصيلاً، وذلك باعتبار القصد والباعث عند التصرفات على اختلاف بين الفقهاء والتوسع والتضييق في اعتبار ذلك، مما أكد فكرة نسبية الحقوق في الفقه. ومن خلال تأسس كذلك الشريعة في أحكامها على مبدأ جلب المصالح ودرء المفاسد بجميع أنواعها: يمكن القول بأن نظرية التعسف فيه تقوم على معيارين جمع بينهما. وهما المعيار الشخصي أو الذاتي أي ما تعلق بصاحب الحق في ذاته ودوافع تصرفه، والمعيار المادي أو الموضوعي أي ما تعلق بما ينجم وينتج عن التصرف من مضار ومفاسد عند استعمال الحق، ويندرج تحتهما ضوابط تضبط التصرف أو الحق عند استعماله كما ذكرنا ذلك سابقًا.

- أولا: المعيار الذاتي أو الشخصي:

ويراعي الجوانب والعوامل النفسية المحركة والدافعة على استعمال الحق أو التصرف، أي ما يقصده صاحب الحق من هذا الإستعمال، من قصده الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة[421]،ويندرج تحت هذا المعيار معياران ثانويان:

1. تمحض قصد الإضرار بالغير.
2. قصد غرض غير مشروع.

[421] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص242.

1- **محض قصد الإضرار بالغير:** فإذا قصد صاحب الحق باستعماله لحقه وتصرفه فيه إضرارا بغيره، ولم تكن له أي مصلحة في هذا الاستعمال كان استعماله تعسفًا محرما وجب منعه، وتعد انعدام المصلحة الذاتية قرينة على قصد الإضرار بالغير[422] وهذا لعسر وصعوبة استجلاء نية وقصد الإضرار، ويعد هذا الضابط أو المعيار أوضح معايير التعسف، لأن قصـد الإضرار بالغير ممنوع في
الشريعة دل عليه أكثر من دليل مما سبق ذكره في التدليل على أصالة النظرية في الفقه الإسلامي.

يقول الإمام الشاطبي: "لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"[423] ونجد لهذا المعيار تطبيقات عديدة في الفروع الفقهية مما أوردناه لدى فقهاء المذاهب من عدم سماع الدعاوى الكيدية وتأديب المدعي كما ذهب فقهاء المالكية، فقد جاء في التبصرة[424]: "أنه لو ادعى صعاليك على أهل الصلاح والطهارة دعاوى باطلة وليس لهم من قصد سوى التشهير بهم وإيقافهم أمام القضاء إيلاما وامتهانا لا تسمع الدعوى ويؤدب المدعي" حتى وإن كان يقصد أذيته والتشهير على قول الإمام أصبغ[425] وكذا لو أراد الزوج أن يسافر بزوجته إلى لبد بعيد وهو غير مأمون عليها لا يريد بذلك إلا الإضرار بها وإيذائها أو سلب مالها فيقضى بمنعه من السفر بها للإضرار[426]، وكذا تحريم طلاق المريض ليفر به من ميراث زوجته، وتحريم وصية الضرار وبطلانها. فقصد الإضرار بالغير يعد أوضح حالات التعسف بل فيه إشارة ودلالة على سوء نية الخلق

---

[422] د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص311.

[423] الموافقات، ج2، ص493 وما بعدها.

[424] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص156.

[425] **أصبغ**: هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع الفقيه المالكي المصري، قال عنه ابن (225)، من مؤلفاته: "كتاب الأصول تفسير هالماشجون: "ما أخرجت مصر مثل أصبغ"، توفي سنة غريب الموطأ"، "آداب الصيام"، و"أدب القضاة". أنظر في ترجمته: القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، بيروت، دار مكتبة الحياة، ج1، ص561.

[426] ابن عابدين، حاشية رد المحتار، دار الفكر، 1979، ج3، ص147.

والتصرف لأن القصد العام في الحقوق هو تحقيق مصالح العباد لا الإضرار بالناس[427] ويقصد بالإضرار بالتصرف بكون الفاعل قد ناقض قصد الشارع وهدفه من تشريع الحق وإيجاده فوجب منعه أو معاملته بنقيض قصده كما في توريث المطلقة في مرض الموت.

2- **قصد غرض غير مشروع:** أي قصد صاحب الحق باستعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع ينافي ويخالف الغرض والقصد الذي شرع الحق من أجله، فيكون بذلك التصرف باطلاً لمخالفته قصد الشارع من وضع الحقوق، ولا خلاف بين العلماء في هذا لأنه تحايل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة وهدم لقواعدها[428].

ومن هذا استعمال الزوج حق تأديب زوجته الناشز عن طريق الضرب لحملها على الطاعة فإن استعمل الزوج هذا الحق وابتغى به غير التأديب كأن يريد به الإنتقام والتعبير عن كرهه أصبح فعله تعسفًا غير مشرع، وفي هذا يقول صاحب منح الجليل: "فإن تحقق – للزوج – أو ظن عدم إفادة الضرب أو شك فيها فلا يضربها لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب المقصود عليها"[429].

وكذا البيع الذي قصد به الربا وما شاكله من بيع العينة لأنه كذلك ربا وهو شراء ما باع بأقل من الثمن الذي باع به قبل قبض الثمن حيث تكون زيادة الثمن المؤجل ربا[430]، وكذا زواج التحليل لأن الزواج وضع للعشرة الدائمة وتكوين

---

[427] إسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق، ط1، العراق، مطبعة الزهراء الحديثة ، 1984، ص137.

[428] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص252.

[429] محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر خليل، دار صادر، ج2، ص176.

[430] د. فهمي أبو سنة، مرجع سابق، ص464.

الأسرة والمحافظة عليها وقصد به عمل مؤقت مذموم عند الله لا تقبله الشريعة[431] محرم بصريح السنة القولية حيث ثبت عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قوله: "لعن رسول الله ρ المُحِل والمحلل له"[432].

- ثانيا: المعيار الموضوعي:

أي تكييف التعسف على أساس الضرر الناتج من استعمال الحق بغض النظر عن نية صاحب الحق، فالعلاقات الحقوقية التي من هذا النوع لا شأن لها بالنوايا، فسواء أكانت حسنة أم سيئة يمنع صاحب الحق من ممارسة حقه مادام يضر بالآخرين ضررا فاحشا[433]، أما الضرر المألوف فلا بد من تحمله والتسامح فيه، إذ لو قيل بمنعه لأدى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة مما يخالف ما أِقر[434] وأبيح في ولاية التصرف في الملك، وقد يأتي الضرر وينشأ عند التصرف في الحق بطريقين، أو يمكن القول أنه يندرج تحت هذا المعيار ثلاثة معايير فرعية هي:

1. أن يستعمل الحق يقصد به تحقيق مصلحة أو دفع ضرر فيترتب عليه ضرر بالغير أعظم من المصلحة المطلوبة أو الضرر المدفوع أي عدم التناسب بين المنفعة المشروعة المقصودة لصاحب الحق مع الضرر الكبير اللاحق بالغير جراء ذلك[435] فإذا استعمل صاحب الحق حقه يقصد به تحقيق مصلحة مشروعة لكن لازم ذلك إضرارا بالغير مساويا أو أكبر من المصلحة المقصودة عد ذلك تعسفًا، وهذا سواء كان الضرر الناشئ عن هذا الإستعمال للحق يلحق بفرد، أو ضررا عاما يلحق الجماعة وهذا أساسه كما وضحنا الغاية الاجتماعية للحق، فلابد له أن لا يمس بمصالح العامة فيتلفها ولأجلها قيد الحق وضبط بقيود من حيث

---

[431] إسماعيل العمري، مرجع سابق، ص139.

[432] أخرجه الترمذي، كتاب النكاح، باب 28، حديث رقم 1120، ج3، ص428.

[433] د. محمود فوزي فيض الله، التعسف في استعمال الحق، مقال بمجلة أضواء الشريعة، العدد الخامس، 1394 هسنة، ص126.

[434] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص269.

[435] د. محمد حسنين، مرجع سابق، ص312.

وسائله وآثاره ونتائجه بأن لا ينجر عنه مضرة للغير أو مصلحة تافهة لا تتناسب مع ما يترتب عليها من أضرا فاحشة، وكل هذا مبناه قوله ρ : ((**لا ضرر ولا ضرار**))[436]وعلى هذا الأساس منع الاحتكار لقوله ρ: ((**لا يحتكر إلا خاطئ**))[437] باعتبار لحوق الضرر بالعامة تجارا ومستهلكين بغلاء السلعة وندرتها، لذا فقد ذهب فقهاء المالكية[438] إلى وجوب التسعير على الحاكم حالتها بمشورة أهل الخبرة لإزالة هذا الضرر العام وكذلك في منع بيع تلقي الركبان وهو تلقي التاجر للوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم وشرائها بثمن أقل من السعر القائم وبيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع[439] لما ورد عن النبي ρ نهيه عن تلقي الركبان.

ومن ذلك أيضا لولي الأمر منع الناس من زراعة المخدرات وزراعة أشياء لا تحتاج إليها الأمة أو تحتاج لغيرها[440]. وضابط منع هذه التصرفات هو الإخلال بالمصلحة العامة وذلك لأن الفقه الإسلامي يبني نظرية التعسف على مبدأ التوازن بين المصالح الخاصة والعامة، وعند التعارض ترجح المصلحة العامة.

كما يمنع صاحب الحق من استعمال حقه إذا كان يلحق ضررا بفرد بعينه خاصا، سواء كان الضرر الناشئ أكبر من المصلحة المرجوة أو مساويا لها، ومن صور هذا ما ذكره فقهاء المالكية[441] ومتأخروا الحنفية[442] فيما تعلق بتصرفات المالك في ملكه من أنه إذا أراد فتح كوة – فتحة أو مطلاً – تشرف على جاره أو

---

[436] مر تخريجه ص41 من هذا البحث.

[437] مر تخريجه ص41 من هذا البحث.

[438] أنظر: أحمد سعيد المجيلدي، مرجع سابق، ص51.

[439] د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص24.

[440] د. وهبة الزحيلي، المرجع نفسه على نفس الإحالة.

[441] الباجي، المنتقى، ج6، ص47. وابن جزئ، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص346.

[442] يقول الإمام الحموي في هذا: "...وهو أن كل من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه في الحكم وإن لحق بالغير الضرر، وأفتى بهذا الطائفة لكن ترك غالب المتأخرين ذلك في موضع يتعدى ضرر تصرفه إلى غيره ضررًا بينًا وقالوا بالمنع وعليه الفتوى كما في كثير من المعتبرات". أنظر: الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1985، ج1، ص282.

شباكًا يشرف عليه فإنه يمنع من ذلك إذا كانت الفتحة تمكن صاحبها من الإطلاع على جاره وأهله، وذلك لعدم تناسب المصلحة المرجوة من هذا التصرف والتي يرمي إليها المالك وهي دخول الضوء والهواء إلى ملكه مع الضرر الحاصل للجار وهو الإطلاع على حرماته، وقد جاء في المدونة: "قلت: فلو أن رجلا بنى قصرا إلى جانب داري رفعها علي، وفتح فيها أبوابا وكوى يشرف منها على عيالي أو على داري أيكون لي أن أمنعه من ذلك، قال مالك: نعم يمنع من ذلك"[443] وعليه فإن تصرف المالك في ملكه إذا أدى إلحاق ضرر بالجار أو الغير معنويا كان أو ماديا فإنه يمنع من ذلك، وكل هذا عملاً بمآل التصرف وثمرته الذي إذا تنافى مع مقصود الشرع منع، وقد قرر الحنابلة كذلك هذا بتقييدهم تصرفات الجار في ملكه، فقد جاء في المغني: "وليس للجار التصرف في ملكه تصرفًا يضر بجاره نحو أن يبني فيه حماما بين الدور أو يفتح خبازا بين العطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئرا إلى جانب بئر جاره يجتذب ماؤها وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة"[444].

وعليه فإن من ضوابط التعسف في التصرفات واستعمال الحق لحوق ضرر غير معتاد بالغير فاحشا أو مساويا للمصلحة المرادة من التصرف، وقد حددت مجلة الأحكام العدلية الضرر الفاحش بأنه: "ما يمنع الحوائج الأصلية أي المنفعة الأصلية المقصودة من العقار"[445]

2. أن يستعمل حقه الثابت استعمالاً غير متعارفٍ عليه بين الناس غير معتاد فيترتب عليه ضرر للغير، وذلك كمن سقى زرعه بطريقة غير معتادة عليها الزرع فاتلف بذلك زرع جاره لكثرة الماء أو يستأجر دارا فيحمل سقوفها مالا

---

[443] المدونة، ج6، ص197.
[444] ابن قدامة، المغني، ج5، ص51.
[445] المادة 1199، ج3، ص213.

تطيق[446] وكذا رفع صوت المذياع بوجه يزعج الجيران ويؤذيهم أو يحمل سيارة مستأجرة أكثر من حمولتها[447].

ومقياس الإستعمال كونه معتادا أو غير معتاد هذا العرف لا مقدار الضرر الناشئ أو يستدل عليه بأهل الخبرة والتخصص، لأنه يمنع من التصرف في الحق، إذا استعمل بوجه غير معتاد حتى ولو لم يؤد إلى ضرر لأن عدم ظهور الضرر لا يمنع من وجوده واقعا[448].

3. استعمال الحق استعمالا فيه إهمال أو خطأ ينشأ عنه ضرر بالغير، أي استعمالاً لم يراع فيه صاحبه وجه الإحتياط فأضر بغيره، وهذا ما يعرف بالخطأ الذي هو أحد أركان المسؤولية التقصيرية، فيكون بذلك متعسفًا في استعمال الحق، وهذا سواء كان الخطأ في الفعل كمن أراد صيدا فطاش سهمه فرمى إنسانا أو حيوانا ليصيبه بضرر، فالصيد أمر مباح ولكنه لم يحترس في استعماله له ولم يتثبت فأدى إلى ضرر بالغير. أو أخطأ في القصد كمن قطف ثمرة غيره يظنها ثمرته، ويترتب على هذا تعويض الضرر الذي أصاب الغير بهذا التصرف، وهذا لوجوب التثبت والإنتباه والاحتراس عند التصرف في كل من القصد والفعل[449] وهذا لأن القرآن قد ضمن القاتل الخطأ الدية في قوله تعالى: [**ومن قتل مومنا خطئا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة إلى أهله**] [450].

هذا ولا ضمان ولا يعد تعسفًا فيما ترتب على مالا يمكن الإحتراس منه عادة، فلا ضمان على الطبيب على الضرر الحادث بعد إجراء عملية جراحية على الوجه المعتاد، لأن هذا راجع لاختلاف طبائع الناس وتفاوت مراتب تحملهم للعمليات الجراحية[451]، وقد عد هذا الأصل من معايير التعسف كون أن استعمال

---

[446] إسماعيل العمري، مرجع سابق، ص148.
[447] د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج4، ص35.
[448] المرجع نفسه، ج4، ص36.
[449] أنظر: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج4، ص37. ود. فهمي أبو سنة، مرجع سابق، ص366.
[450] سورة النسآء الآية 92.
[451] إسماعيل العمري، مرجع سابق، ص151.

الحقوق والتي يدخل في مفهومها استعمال الرخص منوط ومشروط بمبدأ السلامة، فإذا ما ترتب على هذا الإستعمال ضررا أو إساءة للغير فردا أو جماعة عد تعسفًا لكونه يندرج ضمن مبدأ استعمال الحق على وجه غير مشروع وهذا لترتب الضرر والذي هو أحد صور التعسف الواضحة.

وبهذه المعايير التي وضعها الفقهاء للتعسف تتسع دائرة النظرية لتشمل الحقوق والمباحات أو الرخص لأنها كلها مشروعة بما لا يخالف قصد الشارع منها وهي تحقيق المصالح دون أن يترتب عليها أي ضرر أو مفسدة للغير فردا كان أو جماعة، لأنه في هذه الحالة نعمد إلى مبدأ الموازنة بين المصالح المرجوة والمضار المترتبة والتي إن رجحت هذه الأخيرة فإن العمل يمنع لكونه تعسفًا واستعمالاً للحق في غير ما شرع له، لأن ضابط المشروعات – كما علم بالإستقراء – أن كل ما كان ضرره أكثر من نفعه لا يشرع[452]. لذا فإن الحقوق لم تشرع حتى تكون وسائلا مفضية لأضرار فاحشة تلحق بالغير، فإن أدت إلى ذلك كانت مناقضة لقصد الشارع لكونها استعملت في غير المصالح التي شرعت من أجلها.

المطلب الثاني
معايير النظرية في القانون الوضعي

بعد أن استقرت النظرية في القانون كنظرية متكاملة خاصة من بعد تلاشي المذهب الفردي وانطماس فكرة الحق المطلق بتقييده بما لا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، وذلك بما صدر من أحكام قضائية وبالأخص من القضاء الفرنسي على وفق

[452] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص281.

ما تقتضيه مبادئ العدالة والقواعد الأخلاقية والتطور الحاصل للحياة جراء الثورة الصناعية والتي أعطت بعدا ومفهوما جديدا للحق يغلب فيه المصلحة العامة، فإن مؤيدوا النظرية لم يجمعوا على معيار أو مقياس يتحدد بموجبه التعسف ويتحقق، ومرد هذا ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق في حد ذاتها من حيث استعماله، لأن فكرة التعسف في حقيقتها هي تحديد وضبط مدى استعمال الحق، حيث نجد من الفقهاء من قصر دور فكرة التعسف على مجرد كونه دورا أخلاقيا يقتضيه الشعور الأخلاقي السامي في استعمال الحقوق، مما أدى بهم إلى تضييق مدلول التعسف وحصره في جانب النية والقصد بالإضرار لدى صاحب الحق وهذا ما يعرف بالمعيار الشخصي أو الذاتي[453] في حين ذهب فريق آخر إلى الإعتداد – بعكس ما ذهب إليه الفريق الأول – بالضرر الناتج عن التصرف وذلك باستعمال الحق استعمالا يخالف الغرض الذي من أجله شرع دون النظر إلى نية صاحبه وبالتالي فقد تجاذب فكرة التعسف في تحديدها معياران: معيار ذاتي شخصي ومعيار مادي موضوعي.

- أولاً : المعيار الشخصي أو الذاتي: Le Critère Subjectif

ويقوم هذا المعيار على قصد الإضرار L'intention de nuire الذي يكون الدافع الأساسي لصاحب الحق على استعماله[454] وهو من أقدم المعايير التي يقدمها الفقهاء في هذا الصدد لصلته الوثيقة بأصل النظرية، وقد عرفته الشرائع القديمة لهذا فهو يمثل التعسف في صورته البدائية الضيقة[455]، وهذا لكون التعسف مرتبط بفكرة الحق ارتباطاً تاما، والحقوق لم تشرع إلا لجلب مصالح ومنافع أصحابها أو دفع ضرر عنهم، فإذا ما استعملت هذه الحقوق لتحقيق الأضرار والأذى بالغير فقد الحق صفة

---

[453] أنظر: د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص769-770.
[454] د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص92.
[455] المرجع نفسه ، ص93.

مشروعيته، وأصبح صاحبه غير محمي قانونا بهذا الوصف وذلك كمن ارتفع ببناء حائط ارتفاعا بالغا قاصدا من وراء ذلك مجرد حجب النور عن جاره. ووفقا لهذا المعيار يتوقف التعسف على الحالة النفسية لصاحب الحق وهو يستعمل حقه، فإن لم يقصد من ورائه إلا الإيذاء والإضرار بمصالح الغير فإنه يكون متعسفًا ومسيئًا لإستعمال حقوقه[456]. واعتمادا على سوء القصد والنية قضت المحاكم الفرنسية بتعسف مالك الأرض المجاورة لأحد المطارات حين أحاطها بهياكل ضخمة من الخشب يعلوها خطاطيف من الحديد بطريقة تجعل خروج الطائرات من حظائرها وتحليقها في الجو في غاية الخطورة، حيث اعتبر ذلك المالك متعسفا حتى ولو كان يقصد من وراء ذلك إرغام الشركة التي تملك المطار على شراء أرضه بالثمن الذي يريده[457].

ومما يؤخذ على هذا المعيار أنه ضيق من نطاق نظرية التعسف باعتماده على قصد الإضرار وهو معيار دقيق من الصعب إثباته، لذا فإن الفقيه جوسران لم يقل بهذا المعيار، ولكون الضرر وهو عمود قيام هذا المعيار لا يكاد يخلوا منه أي عمل من أعمالنا المشروعة، فيقول أن ذلك التاجر الذي يتوسع في أعماله يعلم تماما أن عملاءه يقتطعون من عملاء أمثاله من التجار وقد يكون في ذلك إفلاس بعضهم[458] ولذلك فإن نية الإضرار وحدها لا يمكن أن تشمل جميع صور التعسف.

من أجل هذا أدخل الفقهاء توسعة لنطاق التعسف وفق هذا المعيار حالة انتفاء المنفعة ولو لم يثبت قصد الإضرار كقرينة دالة على معيار قصد الإضرار وتابعا له، وذلك كون من يستعمل حقه دون أن يتوخى مصلحة جدية تعود عليه، وفي ذات الوقت يلحق بغيره ضررا يعتبر متعسفًا، وذلك كون استعمال الحق دون منفعة

---

[456] د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مطبعة جامعة عين شمس، ط2، 1978، ص164.

[457] د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص93.

[458] المرجع نفسه ، ص95.

قرينة على أنه لم يقصد سوى الإضرار بغيره[459] أي أن انتفاء المنفعة قرينة دالة على قصد الضرر. غير أنه مما يلاحظ على هذه الحالة أنها تقترب من المعيار الموضوعي المادي أكثر من المعيار الشخصي لكون قصد الإضرار بالتصرف ناشئ عن انتفاء المنفعة من هذا الحق لا القصد في حد ذاته.

إلى جانب هذا فقد أضاف الفقيه البلجيكي بودان Beudent حالة أخرى للتعسف تندرج ضمن هذا المعيار وهي استعمال الحق دون تبصر وبإهمال، بحيث لو استعمل الحق بيقظة الرجل المعتاد لما تحقق الضرر لأن عدم التحرز أو الإهمال متعلقان بالإرادة، إذ هما الوجه السلبي لها[460] وكذلك يمكن القول أن هذه الحالة أيضا تندرج ضمن المعيار الموضوعي المادي كون أن عدم التحرز والتثبت يتنافى وقصد الإضرار والعمد إليه وهو أساس المعيار الشخصي الذاتي.

- **ثانيا: المعيار الموضوعي أو المادي:** Le critère Objectif

لما كان من الصعب البحث ومعرفة قصد صاحب الحق باستعمال حقه ونيته، وعدم تصور

إقرار صاحب الحق بقصده الإضرار بتصرفه اعتمد فريق من الفقهاء المعيار الموضوعي الذي لا يقف عند حد الإضرار بالغير ولكنه يتعدى إلى الغرض العام الذي ينشده صاحب الحق من وراء استعماله حقه[461] وينطلق هذا المعيار ويبدأ من منطلق أن فكرة الحقوق الخاصة لم تشرع كغايات في حد ذاتها وإنما تعتبر كوسائل لتحقيق هذه المصالح، غير أن ذلك يجب أن يكون في حدود الغرض والمصلحة العامة، غير أن أصحاب هذا المعيار انقسموا بين مذهبين ولم يتفقوا على نظرية في شأن هذا المعيار.

---

[459] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص320.

[460] د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص97.

[461] د. محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص166.

1. مذهب المعيار الاقتصادي أو انعدام المصلحة المشروعة: Le critère économique ou le défaut d'intérêt légitime :

ومستند هذا المعيار فكرة أن الحقوق لا تعد غايات في حد ذاتها وإنما وسائل لتحقيق غايات ومصالح مشروعة رعاها وحماها القانون، فيكون بذلك استعمال الحق تعسفا إذا لم يكن لصاحبه مصلحة من وراء استعماله، أو كانت المصلحة المقصودة ضئيلة بحيث لا تبرر ما ينجم عن التصرف من أضرار[462]، ومما يظهر فإن هذا المعيار قد استمد فكرته من تعاريف الحق التي تجعله مصلحة يحميها القانون كتعريف إهرنج وغيره، حيث أن منح القانون الحقوق للأفراد ليس عبثا، بل منح مرتبط بتحقيق مصالح مشروعة إجتماعية كانت أو اقتصادية، فإذا ما حاد صاحب الحق باستعمال حقه عن هذا الغرض بأن لم يقصد به تحقيق أي مصلحة، أو قصد به مصلحة غير مشروعة سقط عن الحق صفة المشروعية والحماية القانونية وعد متعسفًا تجب مسؤوليته.

وبهذا الرأي أخذ سالي SALEILLES، حيث يرى أن التعسف يتولد من الاستعمال غير العادي أو الطبيعي للحق ومن الاستعمال المخالف للغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق لأن الحقوق جميعا نسبية من الناحية الاجتماعية[463]. وكذا الأستاذ جيني GENY، حيث يرى أنه يمكن تحديد الحقوق تحديدا عادلاً حقيقيا بتعيين الغرض الاجتماعي والاقتصادي منها وبمقارنة أهميتها بالمصالح التي تعارضها[464]، وغيرهم من القانونيين.

2. معيار الغاية الإجتماعية للحق: Le critère de la fonction sociale du droit

---

[462] د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص97.
[463] المرجع نفسه ، ص98.
[464] المرجع نفسه ، ص98.

وقال به الأستاذ جوسران Josserand، كمعيار بديل عن المعيار السابق حيث يرى

أنه لا يصلح أن يستوعب جميع حالات التعسف كحق التعبير عن الآراء وحق استعمال السلطة الأبوية حيث يعتبر الناقد متعسفًا بمراعاته مصلحته الشخصية قبل مصلحة الجمهور، والوالد يعد متعسفا عندما يستعمل سلطاته لمصلحته الشخصية[465] وهاتان الحالتان للتعسف لا يحكمهما المعيار السابق، وينطلق جوسران في تحديد التعسف وفق هذا المعيار من أن القانون ليس إلا قاعدة إلزامية، وكل ما يتفرع عنه يأخذ طابعه، والحقوق مما يتولد عن القانون فتعتبر اجتماعية في نشأتها وروحها والغرض منها، فما الحقوق بهذا المنظار إلا وظائف اجتماعية يجب مباشرتها لتحقيق الغرض الاجتماعي لها فإن خرج صاحبها على هذا الغرض بأن تحايل عليها فقد تعسف في استعمالها، لأن التعسف ما هو إلا العمل المخالف لروح الحق والغرض الاجتماعي منه[466].

ومما يلاحظ على هذا المعيار هو مدى تأثره بالمذهب الاجتماعي الذي يغلب المصلحة العامة على مصلحة الفرد تغليبا كبيرا، باعتبار أن المصلحة العامة هي المنظور إليها في تقرير الحق، وهذا مما يؤاخذ به هذا المعيار لأنه يخل بالتوازن المقصود من تشريع واعتبار الحق الفردي. إلى جانب هذا فإن تحويل الحق إلى مجرد وظيفة إجتماعية بموجب تغليب المصلحة العامة يتحول بها صاحب الحق إلى مجرد وكيل أو موظف يمارس لسلطات محدودة، أي يشغل مركزا قانونيا معينا، مقيدٌ بالتزامات إيجابية وسلبية، مما يلغي فكرة الحق في حد ذاتها، ويحول الفرد إلى مجرد آلة إجتماعية يغيب بموجبها كيانه وشخصيته.[467]

---

[465] د. محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص167.
[466] د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص102.
[467] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص324.

إضافة إلى هذا فإنه كذلك يصعب تحديد الهدف الإجتماعي لكل حق من الحقوق يكون منضبطًا، حيث لا يقع فيه خلاف ولا تتشعب فيه الآراء، مما يربط فكرة الهدف الإجتماعي للحقوق بنظرة السلطة ونظرية الحكم[468] وهذا لكونه معيارا مجردا وواسعا وغير محدود مما يعسر كذلك تطبيقه للقضاء وذلك لكونه سيخضع للأهواء الشخصية للقضاة، كل يفسر الغاية الإجتماعية للحق من منطلق منظوره الشخصي أو فكره السياسي وهذا مالا يستقيم معه ميزان العدالة[469]. ولهذا نجد جوسران ذاته يدعوا إلى الإستعانة بالباعث النفسي ليتخذ كقرينة على مجافاة استعمال الحق لغايتة وروحه والغرض منه، حيث يمكن للقاضي أن يستعين في مهمته هذه بالبحث عن الدافع المشروع لأن على الإنسان أن يصدر أعماله عن دافع ملائم لروح الحق والغرض منه[470].

المطلب الثالث

تقدير معايير التعسف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من خلال ما ذكرنا من معايير يتحدد من خلالها التعسف في استعمال الحق، يبدوا واضحا أثر الصراع لدى فقهاء القانون حول فكرة الحق بين المذهب الفردي والمذهب الجماعي الذي تجلى في تحديد معايير التعسف. غير أنه مما يلاحظ أن كلا المعيارين وإن اختلفا من حيث مظهرهما وتأسسهما فإنهما يرجعان في الأصل إلى المعيار الشخصي الذاتي، فأصحاب المعيار الشخصي يقيمون فكرة التعسف على أساس قصد ونية الإضرار بالغير وهو معيار ذاتي محض، وأقامها أصحاب المعيار الموضوعي على أساس انعدام المصلحة المشروعة، أي قصد صاحب الحق باستعمال

---

[468] إسماعيل العمري، مرجع سابق، ص210.
[469] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص225.
[470] د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص103.

حقه مصلحة ممنوعة، وأقام جوسران التعسف على أساس انعدام الدافع المشروع وهو معيار ذاتي حينما اتهم المعيار الموضوعي بالتجريد وعدم الإنضباط والتحديد، أي أن قصور هذه المعايير يبدوا واضحا لرجوعها أساسا إلى معيارٍ واحد، مما يجعلها لا تستوعب صورا كثيرة للتعسف تتأسس على معايير موضوعية، ويتضح هذا القصور جليا أمام التأصيل الفقهي الإسلامي للنظرية حين شمل بما وضعه من قواعد للتعسف جميع صوره آخذًا بذلك كلا المعيارين الموضوعي والذاتي – وهذا فيما استقر عليه الفقهاء المتأخرون – ومرد هذا الشمول يرجع إلى تصور فكرة الحق في حد ذاتها، حيث كما أسلفنا الذكر فإن الفقه الإسلامي ينظر إلى الحق بنظرة مزدوجة فردية وجماعية، وأرسى قواعد وأسس كبرى لإقامة التوازن بينهما مما انعكس على نظرية التعسف في حد ذاتها والتي ضبطت وقيدت الحق تقييدا يفي بالمصلحة العامة لكن دون إقصاء للمصلحة الفردية الخاصة التي اعتبرها وحماها، وهذا لكونه فقه مقاصدي ربط الحقوق بمقاصد وغايات هي المقصد من الشرع ككل من جلب المصالح ودرء المفاسد. فقيدت حقوق الفرد ولكن بما لا يضر بالغير فردا أو جماعة، ويحقق في ذات الوقت مصالحهما معا، وهذا حينما راعت البعد الأخلاقي في تشريع أحكامها مما يجعل التوازن بينهما أمرا يتحقق تلقائيا، حيث يسعى الفرد من ذاته إلى تحقيق والحفاظ على مصالح الجماعة من خلال استعماله لحقوقه، وتلك هي الوظيفة الإجتماعية الحقيقية للحق وبالتالي فالحق بهذا المنظور الشرعي المقاصدي ليس وظيفة اجتماعية بل له وظيفة اجتماعية تقوم على أساس العدل ويساير الواقع ولا يناقضه[471].

وبهذا التصور الواسع لفكرة الحق فإن جميع المعايير التي وضعها فقهاء القانون على اختلاف بينهم قد صاغها فقهاء الشريعة في قواعد مضبوطة من خلال استقراءاتهم الأصول العامة التي بنيت عليها الشريعة الإسلامية، فالنظرية المادية أو

[471] أنظر في هذا المعنى: د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص325.

المعيار المادي الذي يبني التعسف على أساس الضرر نجد لها تطبيقات كثيرة في الفقه الإسلامي تحكمها قواعد كثيرة منها: "لا ضرر ولا ضرار"[472] وقاعدة: "درء المفاسد أولى من جلب المنافع"[473] وقاعدة: "إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع"[474]، فكل هذه القواعد وغيرها ترمي إلى تحقيق مقاصد التشريع الإسلامي وذلك بجلب النفع للناس ودفع الضرر والأذى عنهم، فهي إذن مرتبطة بنظرة اجتماعية تعود للمصلحة العامة، لهذا فقد قيدت الحقوق بهذه الغاية[475]، وكذا النظرية المعنوية أو المعيار الذاتي الذي ينظر إلى قصد صاحب الحق في استعمال حقه وغايته أي اعتبار النية عند استعمال الحق فقد اعتد به الفقه الإسلامي مستندا إلى القرائن الخارجية كمؤشر على سوء النية، ومرد هذا حديث النبي ρ : ((**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى**))[476] حيث جعل النية أساسا في الأعمال، يقول الإمام الشاطبي:"...كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستقي منها الغير، فحق الجالب أو الدافع مقدم، وهو ممنوع من قصد الإضرار ولا يقال أن هذا تكليف بما لا يطاق فإنه إنما كلّف بنفي قصد الإضرار وهو داخل تحت الكسب ولا ينفي الإضرار بعينه"[477].

بل حتى من ذهبوا إلى الإعتداد بالغاية أو الغرض الإجتماعية للحق كمعيار للتعسف إذا حاد عنه صاحب الحق، فإنها نظرية لها أصولها ومرجعها في الفقه الإسلامي، ولكن وفق توازن لا يغلوا بموجبه حق الجماعة عن حق الفرد بما يمحوا كيانه ويزيل شخصيته، فهي نظرية مقررة في الشريعة بقواعد وتطبيقات. منها

---

[472] المادة19، درر الحكام، ج1، ص36.
[473] المادة رقم 30، درر الحكام، ج1، ص41.
[474] المادة 46، درر الحكام، ج1، ص52.
[475] د. عبد السلام التونجي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص236.
[476] مر تخريجه ص33 من هذا البحث.
[477] الشاطبي، الموافقات، ج2، ص349.

قاعدة: "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام"[478] ولها تطبيقات في الفقه كثيرة سبق وأن أشرنا إليها، فالشريعة بهذا الأساس منحت للفرد جميع حقوقه لكنها راقبت ممارسته لها بما لا يضر بالمصلحة العامة ولعل أبلغ مثال على هذا أنها أجازت الحجر على المدين دفعا للضرر الذي يلحق الدائنين إذا كثروا.

وقد لخص الدكتور يوسف القرضاوي كل هذه النظرة الشرعية للحقوق بقوله: "ومع هذه الحقوق والحريات التي منحها الإسلام فقد فرض عليه للمجتمع واجبات تكافئها وقيد هذه الحقوق والحريات الفردية بأن تكون في حدود مصلحة الجماعة وألا يكون فيها مضرة للغير، وليس للفرد أن يستخدم حقه مما يؤذي الجماعة ويضرها إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام. أي لا يضر الإنسان نفسه ولا يضار غيره، كما أن حق الفرد إذا تعارض مع حقوق الجماعة فإن حق الجماعة أولى بالتقديم"[479].

ولهذا يذهب أغلب الفقهاء بما فيهم فقهاء القانون إلى أن نظرية التعسف نظرية مستمدة من الفقه الإسلامي متأصلة فيه منذ نزوله، يقول الدكتور حسن كيرة: "والشريعة الإسلامية مكنت لفكرة التعسف في استعمال الحق وأعطتها أوسع تصور ممكن وصلت إليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة "[480].

المطلب الرابع

النظرية في القانون الحديث

---

[478] المادة 25، درر الحكام، ج1، ص40.

[479] د. يوسف القرضاوي، الخصائص العامة للإسلام، مؤسسة الرسالة، ط3، 1985م، ص152-153.

[480] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص755.

لقد كان لعوامل التغيير الذي أحدثته الثورة الصناعية على مفهوم الحق وتطويره سواء في الفقه أو القضاء وذلك بتلاشي واندثار فكرة الحق المطلق، وبروز فكرة الحق بمفهوم اجتماعي يستوجب تقييده، كان لهذا التغيير أثره على نظرية التعسف في استعمال الحق والتي تعد ضابطًا ومعيارا لمشروعية الحقوق، حيث أخذت بها أغلب التشريعات الحديثة، من خلال ما ورد من نصوص تشريعية خاصة، احتوتها القوانين المدنية، على خلاف توجهات هذه القوانين من حيث اعتمادها للمعيار الذاتي أو الموضوعي كضابط للتعسف، ومن هذه القوانين:

- **أولا:النظرية** في **القانون الألماني:**

الصادر سنة 1896، حيث اقتصر على المعيار الذاتي في أضيق حدوده باعتماده قصد الإضرار كضابط للتعسف، حيث تنص المادة 226 من على أنه: «لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من
غرض سوى الإضرار بالغير»[481].

- **ثانيا: النظرية** في **القانون السويسري:**

الصادر سنة 1907، بخلاف القانون الألماني فإن المشرع السويسري كان أكثر توسعا من حيث المعيار الذي اعتمده، حيث تنص المادة الثانية منه على أنه: «يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون»[482] فهذا النص لا يقصر التعسف على حالة قصد ونية الإضرار فحسب بل يشمل كل حالة تثور المسؤولية فيها بقطع النظر عن نية الإضرار[483].

- **ثالثا:النظرية** في **القانون المدني اللبناني:**

---

[481] أنظر في إيراد هذا النص: د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، القاهرة، دار النهضة العربية، ج1، ص839، هامش 3.

[482] المرجع نفسه على نفس الإحالة.

[483] د. إسماعيل رشدي، مرجع سابق، ص107.

تنص المادة 124 من قانون الموجبات والعقود والذي هو من وضع الفقيه الفرنسي جوسران على أنه: «يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوز – أثناء استعمال حقه – حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله وضع الحق»[484] ومما يلاحظ من خلال هذا النص أخذه بكلا المعيارين الذاتي والموضوعي فيعتبر الشخص متعسفًا إن ما استعمل حقه بنية وقصد الإضرار بغيره وهذا معيار شخصي أو إذا استعمله لغرض يخالف الغرض الذي من أجله شرع الحق، وذلك أيا كان هذا الغرض اقتصاديا أو اجتماعيا أو سياسيا أو غير ذلك وهذا معيار موضوعي.

ويظهر من خلال هذا أن القانون اللبناني قد وضع مبدأ عاما للتعسف وهو الإنحراف عن غاية الحق، بما يوسع دائرة التعسف عند التطبيق إلى مجال أوسع ويجعل هذا المبدأ أكثر مرونة يتماشى والصور المنظورة للتعسف، مما يترك فسحة للقضاء في تكييف التعسف عند استعمال الحقوق من خلال سوء القصد بالحق أو خروجه عن الغرض أو المصلحة التي شرع من أجلها.

- رابعا: النظرية في القانون المدني المصري:

بخلاف القانون المدني اللبناني، فإن القانون المصري في تنازله لمبدأ التعسف قد تناوله في شكل صور متعددة دون أن يحدد أي ضابط عام لها وإن كانت الصور في تعددها تشمل كلا المعيارين الموضعي والذاتي، حيث تنص المادة 5 من القانون المدني في الباب التمهيدي: «ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:

- إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير.
- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

[484] نفس المرجع، ص109. وأنظر: د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بيروت، دار العلم للملايين، ط3، 1983، ج1، ص54.

- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة»[485].

ويمكن إضافة معيارا رابعا ورد في المادة 807 من القانون المدني في حق الملكية هو معيار الضرر الفاحش وهو موطن تطبيقه الرئيسي[486]

- خامسا: النظرية في القانون المدني الجزائري:

لقد سار المشرع الجزائري في تناوله لنظرية التعسف على وفق ما سار عليه المشرع المصري حيث مزج بين الفقه القانوني الحديث في نظرية التعسف والفقه الإسلامي، حيث أنه لم يقف عند نية الإضرار بالغير واستمد من الفقه الإسلامي ضوابط ثلاثة[487] تشمل كلا المعيارين الموضوعي والمادي، حيث تنص المادة 41 من القانون المدني على مايلي: «يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة » .

وهي مادة في المعايير الواردة بها مطابقة لما أورده المشرع المصري في المادة 5 من قانونه المدني السالفة الذكر.

ومما يظهر من منطوق نص هذه المادة أخذ المشرع الجزائري كلا المعيارين، المعيار الشخصي أو الذاتي وذلك فيما تضمنته الفقرة الأولى، والمعيار الموضوعي وهذا ما تضمنته الفقرتان الثانية والثالثة.

- المعيار الشخصي : تمحض قصد الإضرار بالغير

---

[485] د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، مرجع سابق، ص318.
[486] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص772.
[487] د. محمد حسنين، مرجع سابق، ص321.

أي الإعتداد بنية الإضرار بالغير في بناء نظرية التعسف فإذا تمحض قصد إلحاق الضرر بالغير عد صاحب الحق متعسفا حتى ولو ترتب على الفعل مصلحة أو فائدة بطريق غير مقصود، ومن هذا فإنه يجب على القاضي أن يرفض للمالك حق الإستعادة إذا أثبت المستأجر أو شاغل المحل أن المالك يطلب حق الإستعادة لا من أجل تلبية رغبة مشروعة ولكن بنية الإضرار بهما، أو بقصد التهرب والتملص من أحكام القانون كما جاء في المادة 534 من القانون المدني.

غير أنه يستعان بمعيار موضوعي وهو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف[488]، أو الإستعانة بالقرائن الخارجية وملابسات كل حالة بذاتها في التعرف على نية الإضرار[489].

- المعيار الموضوعي:

1. عدم التناسب بين المنفعة المشروعة المقصودة من الحق لصاحبه مع الضرر الكبير الذي يلحق بالغير من جراء ذلك، ويقوم هذا المعيار على مبدأ الموازنة بين المصالح الناجمة عن التصرف واستعمال الحق والضرر الناشئ واللاحق بالغير من جراء هذا التصرف المشروع، فإن كانت المصلحة الناجمة أقل من الضرر المترتب بدرجة كبيرة كان استعمال الحق تعسفيا يوجب المسؤولية دون النظر إلى قصد صاحب الحق بتصرفه، لأن صاحب الحق في هذه الحالة إذا كان حسن النية حقيقة فهو أناني مستهتر بمصالح غيره[490]، وكل هذا تغليبا للطابع الاجتماعي للحقوق عند تعارضها.

ومن تطبيقات هذا المعيار ما ورد في المادة 788 والتي تنص على أنه: «إذا كان مالك الأرض وهو يقيم البناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة

---

[488] د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج1، ص844، فقرة560.

[489] د. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ج1، ص26.

[490] د. السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص845، فقرة561.

جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل».

وما نصت عليه المادة 708 من القانون المدني في الفقرة الثانية من أنه: «ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي إذا كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط».

2. عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها: وهذا لمخالفته الأصل الذي من أجله شرعت الحقوق وحازت الحماية القانونية، إذا ما حاد صاحب الحق بتصرفه عن المصلحة المشروعة من الحق، أصبح الحق غير مشمول بالحماية القانونية وذلك لتعارضه مع المصلحة العامة والنظام القانوني العام، وقد تكون المصلحة غير مشروعة بصفة غير مباشرة، مثال ذلك رب العمل

الذي يستعمل حقه في فصل عامل نتيجة انخراطه في نقابة من نقابات العمال، أو المؤجر الذي يطالب المستأجر بإخلاء العين المؤجرة بحجة حاجته للسكن فيها بعد إخفاقه في طلب زيادة الأجرة بما يسمح به القانون[491].

3. إلى جانب المعايير والضوابط الثلاثة السابقة هناك معيار رابع وهو الضرر الفاحش البين، وإن لم يرد في نص المادة 41 إلا أنه ورد في المادة 1/691 من القانون المدني والمتعلقة بمضار الجوار الغير مألوفة حيث تنص في الفقرة الأولى على أنه: «يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار»، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك

[491] د. محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1998، ص154.

العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له، فإذا كان الضرر اللاحق بالجار فاحشا – أي تجاوز الحد المألوف – وجب إزالة هذه المضار لكونه أصبح تعسفًا حتى ولو كانت المصلحة المتوخاة جدية، وهو معيار مستمد من الشريعة الإسلامية والتي تعتبر معيار الضرر الفاحش من معايير التعسف، ولكونه يخل بمبدأ التوازن بين المصالح الفردية والمصلحة العامة، ويحيد بالحق عن غايته المقصودة من مشروعيته وحماية القانون له، وهو معيار مرن يتسع لتطور الحياة الاجتماعية ويمكن القاضي من الإعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بكل حالة.

لكن قد يثار التساؤل هل ما ورد ذكره في المادة 41 من حالات للتعسف هي على سبيل الحصر وعليه فلا يتوسع القضاء في حالات التعسف خارج ما ذكر في النص، أم على سبيل المثال فيمكن الخروج إلى حالات أخرى للتعسف والقياس عليها، وهو التساؤل ذاته الذي أثير لدى فقهاء القانون المصري، غير أن هذا الخلاف في حمل ألفاظ المادة والنص يظهر أنه خلاف نظري بحت ويرجح القول بأن ما ذكر في المادة هو على سبيل الحصر لكون الحالات المذكورة للتعسف تتسم في حد ذاتها بالعموم والشمول والمرونة، بما يجعلها تشمل جميع حالات التعسف الممكنة تصورها، بل حتى أنه لا يمكن تصور وقوع حالات تعسف خارجها، فهي تمثل معايير مرنة كقواعد عامة للتعسف تندرج تحتها فروع كثيرة في تطبيقاتها.

المطلب الخامس

الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق[492]

[492] أنظر في هذا: د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص288 وما بعدها. ود. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص213 وما بعدها. وإسماعيل العمري، مرجع سابق، ص215.

ثبت مما سبق ذكره أن التعسف أمر ممنوع شرعا وقانونا، باعتبار أنه يخالف ويناقض المقصد الذي من أجله شرعت الحقوق، ويزيل عن الحق صفة المشروعية، حيث يصبح صاحب الحق بتعسفه في مركز غير محمي قانونا، لذا فإن إذا ثبت على صاحب الحق تعسفه في استعمال حقه بما سيؤدي إلى ترتب ضرر يلحق بالغير فردا كان أو جماعة فإنه سيترتب عليه جزاء سواء في الشرع أو في القانون، أي أنه سيتحمل مسؤولية عمله وتصرفه ويؤاخذ عليه لأن المسؤولية بوجه عام هي الحالة التي يؤاخذ فيها الشخص عن عمل أتاه، وهذا العمل يفترض إخلالاً بقاعدة[493] وعلى أساس طبيعة القاعدة التي أخل بها تتحدد طبيعة المسؤولية المترتبة عليه ونوع الجزاء، فإن كانت القاعدة التي أخل بها قاعدة قانونية فإنه يقابلها جزاء حدده القانون – أو حدده الشرع كعقوبة التعزير المتروك تقديرها للقاضي – أو عين شروطه وإن كانت القاعدة أخلاقية فالمسؤولية تكون أدبية وتكون المؤاخذة عنها بالصفة ذاتها، والمسؤولية القانونية تتوزع بين مسؤولية مدنية ومسؤولية جزائية[494]. وكل هذا لرفع الضرر المترتب جراء هذا التعسف، فضلا عن الإثم والمؤاخذة الشرعية باعتبار ارتكابه لمحظور شرعي.

- **أولا: الجزاء العيني:** وذلك سواء في التصرفات القولية كما في نكاح التحليل وبيع العينة أو في وصية الضرار، فإن الجزاء المترتب على مثل هذه التصرفات إبطال ذات التصرف، أي الحكم ببطلانها فلا يترتب عليها أي أثر من أثر العقود الصحيحة، أو يكون الجزاء كذلك بإجبار الممتنع على استعمال حقه الذي تعلقت به حقوق الغير، وذلك كإجبار المحتكر على بيع سلعته جبرا كما رأينا.

---

[493] عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، بيروت، باريس، منشورات عويدات، ط1، 1983، ص15.

[494] نفس المرجع، على نفس الإحالة.

أما في التصرفات الفعلية فإن الضرر يمنع قبل وقوعه من باب الإحتياط والتحرز منه ما أمكن ذلك منعا لتماديه، أما إن وقع فعلاً فيجب إزالته، لأن في إزالته إزالة للضرر في حد ذاته الواجب شرعا، ويتحمل الضرر صاحب الحق المتعسف فيه وفق مبدأ الموازنة بين المضار وعملا بقاعدة "الضرر الأشد يزال الأخف" وقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام"، فإن بنى صاحب الملك حائطًا تضرر بموجبه جاره بأن سد عنه منافذ الهواء والشمس، فإن الحائط يهدم بالقدر الذي يزول به الضرر الفاحش الذي لحق بالجار.

- **ثانيا: الجزاء التعويضي:** إذا لحق المتضرر ضررا ماديا، وهو كل ضرر يصيب الشخص في جسمه أوفي ماله، فيتمثل في الخيارة المالية التي تترتب على المساس بحقه سواء كان الحق حقًا ماليا أو غير مالي[495]، ولم يكن بالإمكان إزالة هذا الضرر المادي بعينه، يتدارك هذا الضرر عن طريق التعويض المالي العادل وذلك كون المتعسف في حقه قد أخلّ بموجب تقوم على إثره المسؤولية المدنية، وذلك لوجود طرفيها المتضرر والآخر الذي يحاسب عن الضرر الذي أحدثه أو تسببه، فيسأل عنه ويتحمل عبأه في ماله، فيكون الملتزم قانونا بالتعويض على من أصابه[496].

أما الضرر المعنوي والأدبي، وهو الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، كأن يمس كرامته أو شعوره أو معتقده الديني[497]، فإنه وإن لم يتحدد له تعويض وذلك لصعوبة ضبطه وتقويمه، فإنه لا يمنع شرعا أن تقوم هذه الأضرار المعنوية بالمال ويخضع هذا الأمر إلى تقدير القاضي بما يراه مناسبا.

---

[495] د. بلحاج العربي،مرجع سابق، ج1، ص70.
[496] عاطف النقيب، مرجع سابق، ص15.
[497] د. بلحاج العربي، مرجع سابق، ج1، ص72.

- **ثالثا: الجزاء التعزيري:** أو يمكن وصفه بالجزاء العقابي أي إنزال العقاب على المتسبب في الضرر، وهذا الأمر موكل إلى القاضي بحسب ما يراه وفق سلطته التقديرية لأن التعزير تأديب على ذنب – معصية أو جناية – لا حد فيه ولا كفارة[498] فعقوبة التعزير إذا عقوبة غير مقدرة تختلف بحسب الأشخاص والملابسات، ردعا للمتسبب في الضرر.

- **رابعا: الجزاء الأخروي:** وهو جزاء تختص به امتيازا الشريعة الإسلامية، وذلك للبعد الديني الذي تنصبغ به جميع أحكامها، لأننا كما رأينا فإن الحق في الإسلام مصدره هو الحكم الشرعي النابع من خطاب الله عز وجل، والتعسف شرعا حكمه التحريم والمنع، فإذا ما تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، يكون قد تجاوز محظورا أو منهيا عنه يؤثم عليه شرعا، وذلك لأن الشريعة الإسلامية باعتبارها ترتكز على عقيدة دينية تجعل لفكرة الحلال والحرام المنزلة الأولى في أحكامها ثم تضع إلى ذلك القواعد التشريعية الملزمة، أي التي يجب تنفيذها قضاءًا فكانت بذلك نظاما روحيا ومدنيا معا[499].

---

[498] د. وهبة الزحيلي، العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات، طرابلس، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، 1991، ص103.

[499] د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص291.

π الفصل الثالث ι

تطبيقات النظرية في أحكام الفقه الإسلامي

وفيه أربعة مباحث:

- **المبحث الأول: العدول عن الخطبة**
- **المبحث الثاني: استعمال حق تأديب الزوجة**
- **المبحث الثالث: التعسف في الطلاق**
- **المبحث الرابع: التعسف في الوصية**

الفصل الثالث
تطبيقات النظرية في أحكام فقه الأسرة

خلصنا مما سبق إلى أن التعسف في استعمال الحق هو الخروج بالحق والحياد به عما أريد به من مصلحة شرع من أجلها، بأن ترتب على استعماله ضرر يلحق الغير فردا كان أو جماعة، وذلك وفق ضابطين أو معيارين تنضبط بهما نظرية التعسف، للحكم على التصرف بكونه تعسفا، المعيار المادي الموضوعي الذي يجعل الضرر مقياس وضابط التعسف دون مراعاة قصد صاحب الحق في استعماله لحقه، والمعيار الذاتي الشخصي الذي يراعي قصد المتصرف إلى الضرر والإساءة، وعليه فإن أي تصرف مباح في الأصل قصد به صاحبه الضرر أو أي ممنوع، أو كان

استعماله سيؤول إلى مضرة ومفسدة راجحة على المصلحة المقصودة، فإن هذا التصرف يمنع كونه تعسفًا ظاهرا وبالتالي فإن التعسف قد يصاحب أي حق من الحقوق المشروعة للمكلف وفي جميع مجالات حياته، وبالأخص في الحياة الزوجية التي نظمها الله عز وجل بتشريعه لجملة من الحقوق. وكل ذلك لأجل مصلحة الأسرة في حد ذاتها لأن مصلحتها مصلحة المتمع ككل إلا أنها هذه الحقوق إذا ما حيد بها عما شرعت من أجله أصبحت تعسفًا رتب الشرع والقانون عليه جزاءًا بحسب الضرر المترتب. ومن هذه الحقوق ما سنذكره في هذا الفصل الأخير.

المبحث الأول

العدول عن الخطبة

المطلب الأول

معنى الخطبة حكمها والحكمة منها وشروطها

- **أولا : تعريف الخطبة:** الخطبة بكسر الخاء هي طلب المرأة للزواج. يقال: خطب فلان ابنته أي طلب منه الزواج منها[500].

اصطلاحًا: لا يبعد معناها الاصطلاحي عن معناها اللغوي، حيث يمكن تعريفها بأنها إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة يحل له التزوج بها. وقد يكون الطلب من راغب الزواج نفسه وقد يكون ممن يبعثه من قريب أو صاحب أو أجنبي[501]. أو هي التماس الزواج من امرأة معينة بتوجيه هذا الإلتماس إليها أو إلى وليها، وسواء كان هذا الإلتماس أو الطلب صراحة بإظهار الرغبة بطريقة مباشرة كأن يقول لمن

---

[500] المصباح المنير، مرجع سابق، ص236.

[501] د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص10. وبدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بيروت، دار النهضة العربية، ص19.

يخطبها " إني أريد أن أتزوجك " أو بطرق التعريض بما يستعمله من ألفاظ يفهم منها قصد الخطبة من عرضها بالقرائن[502].

- **ثانيا: حكم الخطبة ودليلها:** الخطبة مستحبة[503] قبل الزواج تمهيدا وتوطئة لعقد الزواج، وهي مشروعة بالكتاب والسنة.

فمن القرآن قوله تعالى: [**ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النسآء او اكننتم** في **أنفسكم**] [504] ووجه الإستدلال بالآية أن الله عز وجل أباح الخطبة المعتدة من وفاة تعريضا وعليه فإن إباحة غيرها من غير المحرمات جائزة من باب أولى[505].

وجاء في السنة قوله ρ : ((...**ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب**))[506] وهذا يدل على مشروعية الخطبة للخاطب، وأنه عند سبق المسلم غيره إلى خطبة امرأة وجب احترام حقه في الخطبة. وقد وردت الآثار أن النبي ρ خطب بعض زوجاته كأم سلمة وجويرية رضي الله عنهما. وفي السنة التقريرية ثبت أن الصحابة مارسوا الخطبة في عهد رسول الله ρ وأقرها ولم ينكرها[507]، بل قال لبعض من خطبوا كالمغيرة بن شعبة: ((**أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما**))[508].

---

[502] د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص44.

[503] ابن جزي، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص198.

[504] سورة البقرة الآية 235.

[505] عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، القاهرة، مكتبة وهبة، ص11.

[506] أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، حديث رقم 5142، ج9، ص198.

[507] عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص11.

[508] أخرجه الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، حديث رقم 1087، ج3، ص397.

- **ثالثًا: الحكمة من مشروعية الخطبة:** ككل عقد من العقود المهمة فإنه وقبل إبرامه تسبقه ممهدات ومقدمات ليتبين كل من العاقدين مدى رغبة الطرف الآخر في إبرام العقد لتتوافق الإرادات، فإذا ما تلاقت الرغبات أقدم كل منهما على العقد على جلاء وبينة. وعقد الزواج يعد من أخطر وأهم العقود لكون موضوعه هو الحياة الإنسانية المبني على أساس الدوام والاستمرار، ولكونه عقد يجمع بين زوجين على وجه التأبيد، ولعظيم آثاره وما رتب عليه الشرع من تكاليف والتزامات، اعتنى المولى عز وجل به فجعل له مقدمة هي الخطبة، الغرض منها أن يعلم كل من الطرفين صاحبه الذي سيرتبط معه برباط مفروض فيه أنه أبدي [509] كما ذكرنا، فالخطبة وسيلة لتيسير سبل التعارف بين الخاطب والمخطوبة وأهليهما بتنمية المودة، إذ تساعد كل من الخاطب والمخطوبة على التكيف التدريجي على العشرة، كما أنها تمكن كليهما من الإستقرار النفسي فالخطبة نربط الخاطب والمخطوبة برباط تمهيدي يمكن كلا منهما من الإطمئنان على زواجه[510] وذلك بعد أن يتحرى ويسأل كل منهما عن الآخر كما جرت عليه العادة والعرف حاليا.

- **رابعًا: شروط صحة الخطبة:** حتى تقع الخطبة صحيحة وينبني عليها عقد الزواج صحيحا تبعا لابد أن يتوفر فيها شرطان:

1. أن تكون المرأة صالحة لأن يعقد عليها في وقت الخطبة، أي خالية من أي مانع من الموانع الشرعية، فلا يصح خطبة من تكون زوجيتها قائمة، كما تحرم خطبة المعتدة من طلاق رجعي لا بالتعريض ولا بالتصريح، دون المعتدة من وفاة التي لا تحرم خطبتها إلا إذا كان بطريق التصريح، أما التعريض فيجوز[511] بصريح الآية، أما المطلقة طلاقًا بائنا بينونة صغرى أو كبرى فقد أباح أغلب الفقهاء

---

[509] زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، بنغازي، منشورات جامعة قار يونس، ط6، 1993، ص63.

[510] عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص7-8.

[511] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، ص51.

خطبتها حال عدتها لكن بطريق التعريض لا التصريح، وذلك لكون الطلاق البائن بنوعيه يقطع رابطة الزوجية فلا تكون خطبتها بطريق التعريض اعتداء على حق المطلق، فهي كالمتوفي عنها زوجها من ناحية انقطاع رباط الزوجية لكل منهما[512]، وكذا لا يجوز شرعا خطبة المرأة المحرم على الرجل الزواج بها حرمة أبدية بسبب النسب أو المصاهرة أو الرضاع.

2. ألا تكون المرأة مشغولة الذمة، أي غير مخطوبة لغير قبله، فلا يحل خطبتها مادامت خطبة غيره قائمة وحصل الركون والتوافق بين الخاطب والمخطوبة وأهلها وهذا لصريح قوله ρ : ((...و**لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب**))[513]، أما في حال تردد بين الرفض والقبول أي مرحلة التروي فقد اختلف الفقهاء[514] بين المنع والإباحة وذلك لإطلاق لفظ الحديث.

المطلب الثاني
الطبيعة الفقهية والقانونية للخطبة

لا تكيف الخطبة عند الفقهاء في الشريعة إلا على أنها وعد بالزواج من الطرفين لا تربط أحدهما برباط الزوجية[515]. فلا يترتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح حتى وإن وافقت المخطوبة أو من له حق الموافقة أي حصل الركون بينهما، فلا تعتبر زواجا[516] وإنما تعتبر وعدا بالزواج لا يرتب إلا التزاما

---

[512] زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص67.
[513] مر تخريجه ص 118 من هذا البحث.

[514] أنظر: محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص54. ومحمد زكي شعبان، مرجع سابق، ص69. ود. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص11.
[515] د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، الكويت، مكتبة الفلاح، ط2، 1988، ص31.
[516] بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص31.

أدبيا يطلب الوفاء به من باب الوفاء بالعهد[517]، والأصل أن الإنسان يلتزم بوعده ولا ينقضه ويرجع فيه، وبناء على هذا فإن لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة بعد حصولها وينقض وعده وذلك لأنه مادام لم يوجد هناك عقد فلا إلزام ولا التزام[518] ولا يترتب عليه أي شيء قياسا على إخلاف الوعد حيث لم يرتب عليه الشرع أي عقوبة مادية أو جزائية يجازى بمقتضاها المخلف للوعد، إلاّ أنه ديانة من الأخلاق الذميمة التي حذر الإسلام منها وبين أنها من صفات المنافقين[519]، لقوله ρ : ((**آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أئتمن خان**))[520].

أما في القانون فقد نحى المشرع الجزائري في قانون الأسرة منحى التشريع الإسلامي باعتباره الخطبة مجرد وعد، ولكل من الخاطبين العدول عنها بعد وقوعها، حيث تنص المادة 5 منه:«الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنه» فهي لا تعدوا أن تكون وعدا وليست عقدا وإن تمت باتفاق الطرفين[521]، وبالتالي فلا تبيح ما يباح بعقد الزواج، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بأن الخطبة ليست زواجا ولا تبيح المخالطة الجنسية وأن ما يقع من هذا يعد عملاً غير شرعي لا يثبت عنها نسب الأولاد.[522].

غير أن ما جاء في المادة 6 من القانون من ذكرها ارتباط الخطبة بالفاتحة حيث تنص على أنه: "يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه" يبقى ذكر ارتباطها بالخطبة

---

[517] د. محمد محدة، الخطبة والزواج، الجزائر، دار الشهاب، ط2، 1994، ص46.

[518] أحمد الغندور، مرجع سابق، ص53.

[519] د. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الأردن، دار النفائس، ط2، 1997، ص69.

[520] أخرجه البخاري، كتاب الإيمان، باب علامة النفاق، حديث رقم33، ج1، ص89.

[521] محكمة قسنطينة، 28 سبتمبر 1981، رقم 81/249، أنظر: د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص51.

[522] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 19 نوفمبر 1984، ملف رقم: 34046، د. بلحاج العربي، نفس المرجع، هامش رقم 2، ص51.

والمقصود من ذكرها غامضا يحتاج إلى توضيح، لأن مدلول الفاتحة وموضع قراءتها يختلف باختلاف أعراف الناس وعاداتهم وطبائعهم في الخطبة، فإذا ما قُرأت الفاتحة بعد حصول الخطبة والركون للخاطب من باب مباركة هذا القبول وصلاح الخطبة وتوثيقا لها، فإن الخطبة في هذه الحالة لا تعدوا أن تظل وعدا كما ذكرنا، أما إن كان المراد بها إبرام العقد حال الخطبة بإيراد صيغة التزويج والكلام عن المهر بحضور إمام ثم تقرأ الفاتحة تتويجا لهذا العقد وختما له بها، فإن الخطبة في هذه الحالة قد تحولت إلى عقد زواج صحيح ولم تعد مجرد وعد، أي أن العدول عنها في هذه الحالة لا يسمى نقضا لوعد الخطبة وإنما طلاقًا، لكونه عدول عن مقتضى عقد صحيح يرتب إلتزاما شرعيا – على الطرفين – وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في أن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائما على النحو الشرعي، ومن المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا، غير أنها قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واكبها تحديد شروطه وتحققت أركانه ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيحا[523].

المطلب الثالث

أثر استعمال حق العدول عن الخطبة

على اعتبار أن الخطبة ليست إلا وعدا بالزواج ومقدمة وتمهيدا له، فإنها لا ترتب أي التزام على الخاطبين حين العدول، لكون أن الإلتزام المترتب عليها ليس

[523] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 19 نوفمبر 1984، ملف رقم: 34016. أنظر: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة ، مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص5-6.

إلا التزاما أدبيا أخلاقيا بموجب حث الإسلام على الوفاء بالوعد كما جاء في قوله تعالى: [**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسـئولاً**] [524] فإذا ما عدل أحد الطرفين عن الخطبة بلا مسوغ ولا سبب معقول، أي أن عدوله كان عدولا تعسفيا فإنه يعد آثمًا عند الله لإخلاله بهذا الإلتزام الأخلاقي، أما إن كان العدول لسبب مشروع مقبول عند ذوي العقول فلا إثم، وهذا يعد أول أثر على العدول عن الخطبة. غير أنه إلى جانب الإثم المترتب على العدول إن كان عدولاً تعسفيا، فإنه يترتب كذلك على فسخ الخطبة أثر مادي يتعلق بالصداق إذا كان قد دفع في الخطبة، وكذا الهدايا التي تكون قد صحبت الخطبة، فضلا عما قد يتسبب فيه العدول من أضرار للطرف المعدول عنه معنوية كانت أو مادية، وهو ما سنوضحه.

- **أولاً : حكم الصداق:** مما هو متفق عليه بين الفقهاء أن الخاطب إذا قدم لمن خطبها المهر كله او بعضه ثم فسخ الخطبة سوء كان الفسخ تعسفيا أو لسبب، وسواء كان هذا الفسخ أو العدول من الخاطب أو المخطوبة، فإنه يسترده كاملا إن كان موجودا قائما فإذا ما استهلك أو هلك استرد قيمته إن كان قيميا أو مثله إن كان مثليا، وهذا سواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة. وسواء ترتب ضرر على هذا العدول أم لا، وذلك كون الصداق من مقتضيات عقد الزواج وأركانه والخطبة لا تكيف بأنها عقد زواج[525].

أما إذا كان سيترتب على استرداده ضرر للمرأة كأن رتبت على نفسها التزامات بهذا الصداق كخياطة ثوب أو صناعة أثاث، فإن المشرع لم يتناول حكم تحمل هذه الإلتزامات ولم يضع لها حلا كمسألة الهدايا، وكحل معقول فإن هذه الإلتزامات يتحملها الذي عدل عن الخطبة، بمعنى إذا كان العدول من الخاطب

---

[524] سورة الإسراء الآية 34.

[525] زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص77. وبدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص33. ومحمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص59.

تسلم هذه الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق مع تحمله دين أجرة الخياط أو النجار، وإن كان العدول من المخطوبة فإنها هي التي تتحمل هذا الإلتزام وترجع له الصداق كما دفعه أو مثله إن كان مثليا[526].

- **ثانيا : حكم الهدايا:** تعددت آراء الفقهاء حول حكم الهدايا المقدمة بسبب الخطبة إذا ما فسخت بالعدول.

فذهب الأحناف إلى أن الخاطب يسترد ما قدم من هدايا مادامت قائمة لم تستهلك، أما إذا هلكت أو استهلكت فليس له استردادها وهذا لأنها تدخل في معنى الهبة[527]، وهذا سواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة.

بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه ليس للخاطب أن يسترد ويرجع في شيء مما أهداه سواء أكانت قائمة أم استهلكت، وذلك كونها تأخذ حكم الهبة بعدم جواز الرجوع فيها[528].

أما المالكية فقد جاء في الشرح الكبير: "وجاز الإهداء في العدة لا النفقة عليها فإن أهدى أو أفق ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء ومثل المعتدة غيرها ولو كان الرجوع من جهتها، والأوجه الرجوع عليها إذا كان الإمتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط"[529] حيث يفهم من هذا القول أن المسألة فيها تفصيل من حيث جهة العدول إن كانت من الخاطب أو المخطوبة.

- فإن كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئًا مما أهداه ولو كان موجودا في يدها وذلك حتى لا يجتمع عليها ألمان، ألم فسخ الخطبة وألم استرداد الهدايا.
- وإن كان العدول من المخطوبة فإن للخاطب الحق في استرداد ما قدمه من هدايا، فإن كان قائما استرده بعينه، وإن هلك أو استهلك رجع عليها بمثله إن

---

[526] د. محمد محدة، مرجع سابق، ص59-60.
[527] حاشية ابن عابدين، ج3، ص153.
[528] الشافعي، الأم، ج4، ص61-61. والمغني، ج6، ص316.
[529] الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، ج2، ص219-220.

كان مثليا أو قيمتها إن كانت عيني، وذلك أيضا حتى لا يجتمع على الخاطب ألم العدول عنه وألم ضياع ماله[530].

- **موقف القانون الجزائري:** لقد سار المشرع الجزائري في مسألة الهدايا حال العدول عن الخطبة وفسخها على وفق المذهب المالكي بالنظر إلى جهة العدول إن كانت من الخاطب أو المخطوبة حيث تنص المادة 5 من قانون الأسرة في الفقرتين 3 و 4 على أنه: «لا يسترد الخاطب شيئًا مما أهداه إن كان العدول منه وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك» وهو ما حكمت وقضت به المحكمة العليا في قراراتها الصادرة في هذه المسألة[531].

المطلب الرابع
التعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول

قد يصاحب العدول عن الخطبة حصول ضرر مادي أو معنوي يصيب ويلحق الطرف المعدول عنه مما يثير مسألة التعويض عن هذه الأضرار، فهل يترتب التعويض في هذه الحالة أم لا؟.

إذا ما عدنا إلى الفقه الإسلامي فإنا لا نجد أي تناول من قبل الفقهاء القدامى لهذه المسألة وقد يرجع هذا إما لعدم حصول مثله في عصورهم نظرا لظروف وطبائع التمع في زمنهم والذي كان يلتزم بحدود الخطبة فلا يتجاوزها، مما لا يرتب أي ضرر حال العدول، ذلك أن مسألة الضرر طرحت نتيجة انحراف الناس

---

[530] أنظر في هذا التفصيل: د. أحمد الغندور، مرجع سابق، ص54، ومحمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص60، وبدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص34 .

[531] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/12/30، ملف رقم: 39065، وملف رقم: 39289. أنظر: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص3-4.

في سلوكهم أثناء الخطبة تقليدا لغير المسلمين فيما يفعلون[532] فلم تثر هذه المسألة إلا حديثًا وبالأخص عندما مارست القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية في تشريعها وتمكنت العادات المستوردة داخل مجتمعاتها[533]، ويمكن إجمال الآراء في هذه المسألة فيما يلي:

- **أولاً: الرأي الأول:** ويرى وجوب التعويض عن الضرر الناجم عن العدول ماديا كان أو أدبيا وهذا لتكييف الخطبة على أنها اتفاق ملزم، باعتبار أن كلا الطرفين التزم بإجراء التعاقد النهائي بالزواج في الوقت الملائم، ومن ثم يكون العدول عن الوفاء بهذا الالتزام موجبا للتعويض، إلا إذا برر الطرف العادل عدوله بسبب معقول[534]، وقد قضت بهذا الرأي بعض المحاكم كمحكمة "سوهاج" بمصر حيث اعتبرت الخطبة سببا في نشوء علاقات بين الطرفين لا يمكن تجاهلها، والعدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض[535].

غير أن هذا الرأي فيه نوع من المغالاة حيث كيف الخطبة على أنها اتفاق ملزم لكلا الطرفين بتتويجها بالعقد، وعليه فإن القول بلزوم التعويض عن العدول فيه إجبار على إبرام عقد الزواج، فيقدم كليهما على إبرامه هروبا من التعويض الواجب بفسخ الخطبة، مما يؤدي إلى إكراه الطرف الذي ينوي العدول على الزواج مرغما وهو راغب عنه، وهذا ما يتنافى مع المبادئ التي يقوم عليها عقد الزواج[536] والذي يقوم على أساس المودة والتراضي بين الطرفين.

- **ثانياً: الرأي الثاني:** ويرى أن العدول عن الخطبة لا يوجب التعويض على من عدل وذلك لأن العدول حق ثابت لهما غير مقيد بشرط، كون الخطبة ليست إلا

---

[532] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، بيروت، دار النهضة العربية، ط2، 1977، ص69.

[533] محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه ، ص70.

[534] المرجع نفسه ، ص70. وأنظر : محمد محدة، مرجع سابق، ص67-68.

[535] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص829.

[536] مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص71.

وعدا بالزواج، وليس فيها التزام ولا إلزام، فالعادل عن الخطبة إنما استعمل حقه ولا ضمان في استعمال حق، عملا بقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان التي قال بها الأحناف، فلصاحب الحق مطلق التصرف في حقه مادام أصله مباحا وجائزا[537].
وفي هذا يقول صبحي محمصاني: "وبديهي أنه متى قيل أن الإنسان يستعمل حقه فهم أنه لا يستعمل إلا ما أولاه إياه القانون وأجاز له، وبديهي أن هذه الإجازة القانونية ترفع عنه في الأصل كل تبعة تجاه الغير من جراء ما ينتج عن استعمال حق ضمن حدوده القانونية"[538].

وكذلك فإن هذا الرأي فيه مغالاة على نقيض مغالاة الأول، وذلك كونه أغفل أن الحق قد يساء استعماله مما يترتب عليه الضرر، أو ينظم إليه أمور أخرى يتسبب عنها الضرر[539].

- **ثالثًا: الرأي الثالث:** وهو الرأي الوسط بين الرأي الأول والرأي الثاني، وقد ذهب أصحابه إلى أن الخطبة وعد غير ملزم لكلا الطرفين فلكل منهما حق العدول عنها، فإذا ما ترتبت على هذا العدول أضرار سواء كانت نتيجة العدول في حد ذاته بسبب خطأ أو تقصير أو إخلال بواجب الحيطة أثناء العدول لما يترتب عنه لا مجرد العدول في حد ذاته لكونه حق ثابت، ثبت للطرف المتضرر التعويض للتعسف في استعمال الطرف العادل حقه في العدول، وهذا الرأي الذي عليه أغلب الفقهاء[540]، يقول السنهوري في هذا: "فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل هذه الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية"[541].

---

[537] محمد محدة، مرجع سابق، ص70.
[538] صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، مرجع سابق، ص33.
[539] مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص71.
[540] محمد محدة، مرجع سابق، ص74.

[541] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص827.

أي أن حق العدول عن الخطبة ليس حقًا مطلقا من حيث التعويض، وإنما التعويض عليه مقيد بإساءة استعماله أي تعسف الطرف العادل في استعماله بما ترتب عن ذلك ضررا، فيكون التعويض في الحقيقة غير مؤسس على العدول في حد ذاته لأنه حق مشروع مقرر لكلا الطرفين، وإنما رتب عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحبت العدول أو سبقته، فتدخل المسألة في باب التغرير الموجب للضمان، كما لو تركت وظيفتها للتفرغ لشؤون البيت بعد الزواج بتحريض من الخاطب ثم عدل عن الخطبة فإنه يلزم بالتعويض، أو أن الخاطب قام بإعداد بيت الزوجية بإيعاز من مخطوبته ثم عدلت عن الخطبة حكم عليها بالتعويض لأن الضرر الذي لحقه كان بسبب تغريرها[542].

وعليه فإن ضابط التعويض حال العدول عن الخطبة هو ضابط ثبوت التعسف من قبل العادل في استعماله حق العدول عن الخطبة بأن يكون الضرر ناتجًا عن تصرف العادل كما في حالة التغرير، دون أن يكون للعادل أي مبرر لعدوله، مما يقيم المسؤولية التقصيرية والتي على أساسها يطالب بالتعويض.

وعليه يمكن القول أن العدول الذي يستوجب التعويض هو العدول التعسفي الذي يعتبر قرينة على الإيذاء والضرر والتعدي الذي ينبني ويتأسس على شرطين[543] يقيمان المسؤولية على الطرف العادل:

- أن يكون العدول غير مبني على سبب مقنع ينـزع على العادل صفة السلوك الخاطئ الذي يحمله المسؤولية التقصيرية التي توجب الضمان تبعا.
- أن يكون الضرر اللاحق بالطرف المعدول عنه ناشئ عن تصرف صادر من العادل مقترنا بالخطبة كما في حالة التغرير بالطرف الآخر ثم العدول عنه.

---

[542] مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص72-73.
[543] ذكرها د. محمد محدة، مرجع سابق، ص77.

أي أن التعويض لا يتأسس على العدول في حد ذاته وإنما على الضرر الناتج عنه إذا كان الضرر قد نجم عن إساءة وتعسف من العادل في استعماله لهذا الحق.

وهذا ما استقرت عليه بعض المحاكم الأهلية في مصر حيث قضت بالتعويض على من فسخ الخطبة بغير مبرر لأن العدول عن الخطبة وإن كان حقًا للخاطب والمخطوبة، ولصاحب الحق أن يستعمل حقه، لكن إذا أدى استعمال حقه إلى إلحاق الضرر بغيره دون مبرر فعليه التعويض عن هذا الضرر، وقد بنت هذه المحاكم أحكامها على أمرين: الأول سوء استعمال الحق والثاني ترتب الضرر[544]

- **رابعًا: موقف المشرع الجزائري:** لقد ذهب المشرع الجزائري في قانون الأسرة مذهب القائلين بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول سواء كانت أضرارا مادية أو معنوية، حيث تنص المادة 2/5 منه على أنه: «إذا ترتب على العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض» غير أن هذا النص يحتاج إلى تقييد بناءًا على ما ذكرنا، لأن النص جاء مطلقًا في حكمه بجواز التعويض عن العدول مما قد يفهم منه أن الحكم بالتعويض متعلق بالعدول في حد ذاته، وهو قول منتقد كما ذكرنا باعتبار أن الخطبة وعد لا يترتب عليه أي التزام، وبالتالي فإنه يحق لكلا الطرفين العدول، وإنما يطلب التعويض إذا ما ترتب على هذا العدول ضرر على وفق ما ذكر من الشرطين. وعليه فإن هذا النص يحتاج إلى تعديل يضبط به أساس التعويض ويقيده بناءًا على مبدأ التعسف في استعمال الحقوق، خاصة وأنه مبدأ أقر به المشرع الجزائري في المادة 41 من القانون المدني، وعليه يمكن أن يعدل نص الفقرة الثانية من المادة 5 على هذا الشكل: «إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي بسبب أفعال مقترنة بالخطبة جاز الحكم بالتعويض» وقد قيدنا الأفعال بأن تكون مقترنة بالخطبة لأن الأضرار الناتجة عن أفعال أجنبية عن الخطبة الكل

[544] زهدي يكن، الزواج ومقارنته بقوانين العالم، بيروت، منشورات المكتبة العصرية، ط2، ص114- 115.

متفق على حق المضرور في طلب التعويض عنها، كأن ينسب أحد الطرفين إلى الآخر إحدى الأفعال التي تعتبر قانونا قذفًا[545].

هذا ويترك تقدير العدول على كونه تعسفًا موجبا للمسؤولية إلى القاضي بحسب ما يراه اعتمادا على القرائن الدالة على ذلك.

وقد خرج القضاء المصري من هذا الإشكال وذلك عندما انتهى إلى مبادئ ثلاثة[546] تكيف طبيعة الخطبة وتحدد أساس التعويض عن العدول عنها:

1. الخطبة ليست بعقد ملزم.
2. مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.
3. إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

---

[545] د. محمد محدة، مرجع سابق، 66.

[546] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص830.

المبحث الثاني
استعمال حق تأديب الزوجة
المطلب الأول
مفهوم حق التأديب ودليله وحكمته

- **أولاً : مفهوم حق التأديب:** التأديب لغة: يقال أدبه أدبا أي علمه رياضة النفس، وأدبه تأديبا إذا عاقبه على إساءته واستأدب أي تأدب[547].

واصطلاحًا: جاء في المغني: أن التأديب بصفة عامة هو الضرب والوعيد والتعنيف[548]. ويمكن تعريفه بوجه آخر: أن حق تأديب الزوجة هو حق الزوج الذي أباح له الشارع بمقتضاه أن يؤذي زوجته بالقول والفعل إذا لم تطعه فيما أوجب الله من طاعته[549]. أو هو سلطة قررها المشرع للزوج على زوجته الناشز بالفعل تتمثل في وسائل تأديب محددة من أجل تهذيبها وإصلاحها[550].

- **ثانيًا : أصل حق تأديب الزوجة وأساس إباحته :**

من حق الزوج شرعا أن يؤدب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجب الله عليها من طاعته، أو ما يوصف شرعا بالنشوز، وهذا لصريح قوله تعالى: [**الرجال قوامون على النِّسآء بما فضل الله بعضهم على بعض وبمآ أنفقوا من اموالهم فالصالحات قانتات حافظات لِّلغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبـيلاً**] [551]،

---

[547] المصباح المنير، مادة أدب. وأنظر: د. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، بيروت، دار الفكر، ط1، 1998، ص48.

[548] ابن قدامة، المغني، ج1، ص357.

[549] محمد عبد الملك، استعمال حق تأديب الزوجة، مجلة الأمن العام، عدد 43، السنة11، أكتوبر 1968، ص3.

[550] د. هلالي عبد الالاه أحمد، مرجع سابق، ص156.

[551] سورة النسآء الآية34.

ووجه دلالة الآية أن الله عز وجل قد جعل الرجل قيما على المرأة فالواجب عليها الطاعة في غير معصيته، وان له حق تأديبها إذا نشزت أو اعوجت وإن وسائل التأديب التي يباح أن يركن إليها هي العظة والهجر في المضجع والضرب[552] ولكن وفق ضوابط سنبينها.

ومن السنة ما روي عن عمر بن الأحوص أنه شهد حجة الوداع مع النبي ρ فحمد الله وأثنى عليه وذكر ووعظ ثم قال: ((**ألا واستوصوا بالنساء خيرًا فإنما هن عندكم عوان ليس تملكون منهن شيئًا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن** في **المضاجع واضربوهن ضربًا غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً**))[553]، ومما يستفاد من هذا الحديث أن للزوج حق مباشرة تأديب الزوجة عند ارتكابها الفاحشة أي معصية، بتفريطها في واجب من واجباته عليها، فليس المراد من الفاحشة الزنا لأنها موجبة للحد في هذه الحالة لا التأديب، ولا يختص الزوج بإقامته بل الإمام.

كما روي عن حكيم بن معاوية عن أبيه قال: قلت يا رسول الله: ما حق زوج أحدنا عليه؟ قال: ((**تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا** في **البيت**))[554] ففي هذا الحديث بعد أن بين الرسول ρ حق الزوجة على زوجها في النفقة والكسوة ونهى عن ضرب الزوج زوجته للتأديب على وجهها مما يفهم منه إباحة الضرب على غير الوجه تأديبا[555].

- ثالثا: حق تأديب الزوجة في **القانون الجزائري:**

---

[552] تفسير ابن كثير، بيروت، دار المعرفة، ج1، ص491.

[553] أخرجه الترمذي، كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، حديث رقم 1163، ج3، ص467.

[554] أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب في حق المرأة، حديث رقم 2142، ج2، ص251.

[555] الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص298.

باستقرائنا لقانون الأسرة فإننا لا نجد أي نص تناول هذا الحق في حال عصيان الزوجة أو نشوزها، ولا نجد أمامنا إلا نص المادة 39 التي توضح ما يجب على الزوجة تجاه زوجها حيث تنص الفقرة الأولى منها: «طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة» ولا نجد بعد ذلك أي نص يوضح ما يجب أن يتخذه الزوج عند عصيان زوجته له، حتى وإن وصف الزوج بنص المادة بكونه رئيس العائلة، فإن هذه الرئاسة لا تمنحه حق تأديب الزوجة لأنها رئاسة شرفية، مما يفهم أن سكوت قانون الأسرة عن هذا الحق دلالة على رده إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ وذلك بموجب المادة 222 التي تنص على أن: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى اجكام الشريعة الإسلامية» وكذا ما ورد في القانون المدني في مادته الأولى كذلك في الفقرة الثانية: «وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف» وعليه فإن أحكام حق تأديب الزوجة ينضبط وفق ما تقرر في الشريعة الإسلامية واجتهادات فقهائها.

- رابعًا : الحكمة من مشروعية حق التأديب:

لقد قضت السنة الكونية وظروف الحياة الإجتماعية أن يكون في الأسرة قيم يدير شؤونها ويتعهد أحوالها لتؤدي رسالتها على أكمل وجه، ولما كان الرجل أقدر على تحمل هذه المسؤولية من المرأة بما وهبه الله من العقل وقوة العزيمة والإرادة، وبما كلفه من السعي والإنفاق على المرأة والأولاد كان هو الأحق بهذه القوامة والتي في حقيقتها درجة مسؤولية وتكليف، ومن جملة حقيقة القوامة القيام على الفساد بالتأديب والتدبير والحفظ والصيانة. ولكن قد يقال أن حق الضرب وإن كان للتأديب يعد امتهانا للمرأة ومسا بكرامتها ولكن مما يجاب به على هذا التساؤل أن أمر الضرب لم يكن ولم يرد إلا للعلاج والعلاج إنما يحتاج إليه للضرورة[556]،

[556] الصابوني، مرجع سابق، ج1، ص474.

وكذلك فإنه علاج يلجا إليه وأرشد إليه القرآن، بعد أن أرشد إلى طرق حكيمة لمعالجة اعوجاج المرأة وعصيانها لزوجها وتفريطها في واجباته الشرعية عليها كما بينته الآية الكريمة، بل حتى أن هذه الطريقة في العلاج مقيدة بضوابط لا يتعداها الزوج وإن تعداها تحمل مسؤولية هذا التعدي، وكذا فإنه لا يلجأ إليه إلا إذا تيقن الزوج بجدواه أما إذا رأى أنه لا جدوى من استعماله فإن الأولى تركه.

وقد وضح الشيخ رشيد رضا في تفسيره " المنار " بقوله: "إن مشروعية ضرب النساء ليست بالأمر المستنكر في العقل أو الفطرة فيحتاج إلى التأويل، فهو أمر يحتاج إليه في حال فساد النية وعلة الأخلاق الفاسدة، وإنما يباح إذا رأى الرجل أن رجوع المرأة عن نشوزها يتوقف عليه، وإذا صلحت البيئة، وصار النساء يعقلن النصيحة ويستجبن للوعظ أو يزدجرن بالهجر، فيجب الإستغناء عن الضرب، فلكل حال حكم يناسبها في الشرع ونحن مأمورون على كل حال بالرفق بالنساء"[557].

المطلب الثاني

شروط وضوابط استعمال الزوج حق تأديب الزوجة

[557] تفسير المنار، بيروت، دار المعرفة، ط2، 1983م، ج5، ص75.

مما سبق ذكره فإن حق التأديب حق ثابت للزوج كأثر من آثار عقد الزواج وذلك في حال عصيان الزوجة أو تفريطها في واجب من واجبات زوجها عليها، ويمكن حصر شروط استعمال حق التأديب في ثلاثة شروط، شرطان موضوعيان أو ماديان لاستعمال هذا الحق:

- أولاهما يتعلق بالزوجة وذلك بأن يصدر منها سلوكًا يجعلها ناشزا.
- ثانيهما يتعلق بالزوج وذلك بأن يلتزم بوسائل التأديب التي حددها الشرع.

وشرط ذاتي غائي يتعلق بالغاية والقصد في استعمال الزوج حق التأديب.

- أولاً: أن يصدر من الزوجة سلوكا يجعلها ناشزًا

1. **تعريف النشوز:** النشوز لغة هو المكان المرتفع من الأرض ونشز الرجل ارتفع في المكان، ونشزت المرأة استعصت على بعلها أي ارتفعت عليه وخرجت على طاعته وتركته، بمعنى أبغضته وكرهته.[558]

اصطلاحًا : لا يختلف معنى النشوز في حقيقته اللغوية على معناه في حقيقته الشرعية، حيث يعرف بأنه: عصيان المرأة زوجها فيما أمرها الله أن تطيعه فيه[559]، ومن الفقهاء من توسع في مفهومه حيث جعل للزوج حق تأديب زوجته في كل معصية تأتيها لا حد فيها[560]. وهناك من عرف النشوز بإضافته لكلا الزوجين حيث عرفه بأنه إعراض أحد الزوجين عن الآخر نفورا منه أو كرها له وميلا عنه إلى شخص آخر[561].

---

[558] أنظر: أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مادة النشز، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1990، ص276.

[559] الشرح الكبير على المغني، ج8، ص163.

[560] الكساني، بدائع الصنائع، ج2، ص334.

[561] تفسير الجلالين، بيروت، المكتبة الشعبية، ص192.

وعليه فإن مفهوم النشوز الذي يتعلق به حق التأديب هو ما كان للزوجة باعتبار أن حق التأديب حق ثابت للزوج في حال نشوزها، فليس للزوجة مثل هذا الحق في التأديب، وإنما لها حق الموعظة والنصيحة وإلا رفعت أمرها للقاضي عند الإضرار بها.

- في **القانون الجزائري:** لم يتناول المشرع الجزائري في قانون الأسرة مفهوم النشوز، وإنما ذكر ما يترتب عليه، من سقوط النفقة على الزوجة الناشز مدة نشوزها، حيث تنص المادة 37 /1: «يجب على الزوج نحو زوجته: النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها» وكذا في المادة 55 التي تنص ببناء الطلاق على النشوز وتعويض الطرف المتضرر: «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر»، مما يدل على أن مفهوم النشوز وتحديد التصرفات التي تصير بها الزوجة ناشزا يرجع فيه لما ورد في الشرع كما ذكرنا سابقًا.

2. الأفعال والتصرفات التي تعد بها المرأة ناشزًا:

حتى تعتبر المرأة ناشزا وتوصف بكونها كذلك بما يخول لزوجها استعمال حق تأديبها، لابد أن يصدر منها سلوكًا يجعلها ناشزا، وهذا السلوك قد يكون إيجابيا أي إقدامها على عمل منعها الشرع من إتيانه، كخروجها بدون إذن زوجها أو إيذاءه قولاً أو فعلاً، وقد يكون سلبيا وذلك في حال إحجامها وامتناعها عن أداء واجبات زوجها عليها والثابتة بمقتضى عقد الزواج، كامتناعها عن المعاشرة الزوجية أو القيام بالأعمال المنزلية أو غيرها[562].

[562] عبد الإلاه أحمد، مرجع سابق، ص162.

وقد ذكر الإمام الآلوسي[563] في تفسيره مجمل هذه الصفات التي تجعل المرأة ناشزا في معرض تفسيره لآية النشوز حيث قال: "هذا وقد نص أصحابنا أن للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال وما هو في معنى الأربع، ترك الزينة والزوج يريدها، وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه، وترك الصلاة، وفي رواية الغسل، والخروج من البيت إلا لعذر شرعي، وقيل له أن يضربها متى أغضبته"[564].

أ. التصرفات الإيجابية التي تعد بها المرأة ناشزًا: ويمكن حصرها في:

- خروج الزوجة بدون إذن الزوج لأن من حق الزوج على زوجته بموجب عقد الزواج أن تقيم معه في المسكن الذي أعده لقوله تعالى: [**اسكنوهن من حيث سكنتم مِّن وجدكم**] [565]، وهذا كون القرار في البيت هو السبيل إلى تحقيق المطالبة الزوجية فتؤدي الزوجة حق الزوج من إنجاب الأولاد وتربيتهم وتهيئ أسباب الراحة للأسرة كلها[566]، لذا يعتبر خروج الزوجة من بيت الزوجية بدون إذن زوجها نشوزا يعطي للزوج حق تأديبها شرعا، غير أن هناك استثناءات على هذا السلوك وهو الخروج لزيارة أو عيادة محارمها وهذا على القول الصحيح لدى الأحناف[567] وقد قصره المالكية على زيارة الأبوين فقط[568]، وكذلك يمكن القول أنه لا يعد نشوزا خروج المرأة للعمل إذا ما اتفق عليه في عقد الزواج فإنها لا تحتاج إلى إذنه في كل مرة غير أنه يجب عليها أن تتقيد بهذا السبب وأن لا تتوسع فيه، وكذا أن تراعي أدب الخروج من البيت من عدم التبرج لأنه مخالفة

---

563 **الألوسي**: هو محمود بن عبد الله الحسيني الآلوسي، نسبة إلى ألوس بلدة على الفرات، ولد سنة ( )، من مؤلفاته البارزة كتابه في التفسير "روح الهاني هـ) بالكرخ بالعراق، وتوفي ستة (1270هـ1217 في تفسير القرآن العظيم والتسع المثاني". أنظر: مقدمة روح المعاني، صححه محمد حسين العرب، بيروت، دار الفكر، طبعة 1993، ج1.

564 الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم، صححه: محمد حسين العرب، بيروت، دار الفكر، 1993، ج4، ص38.

565 سورة الطلاق الآية 6.

566 عبد الإلاه محمد، مرجع سابق، ص163.

567 حاشية ابن عابدين، ج3، ص603.

568 حاشية الدسوقي، ج2، ص512.

شرعية تمنح للزوج كذلك حق التأديب فيها، لقوله تعالى: [**ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى**] [569].

- إيذاء الزوجة زوجها: سواء بالقول كأن تشتمه وتعيره وكذا أن تدعوا عليه أو بالفعل كأن تتلف ماله بتمزيق ثيابه أو إغلاق الباب دونه أو أن تتثاقل عليه إذا دعاها للفراش أو ان تجيبه مكرهة[570]، بل حتى للزوج حق تأديبها إذا صدر منها ما قد يؤذي غيرها كإيذائها لجيرانها أو ضربها الولد الصغير الذي لا يعقل[571] لأن في هذا إذاية له.

ب. التصرفات السلبية التي تعد بها المرأة ناشزًا: ويمكن إيجازها في أهم صورها وهي:

- الإمتناع عن المعاشرة الزوجية: وذلك إذا دعاها للفراش، باعتبار أن الإستمتاع بالزوجة حق ثابت مشروع ويعتبر أحد المقاصد الشرعية للزواج، فإنه وعند جميع الفقهاء فإن المرأة تعد ناشزا إذا ما دعاها زوجها ولم تلب طلبه لكونه معصية فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ρ : ((**إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء فبات غضبانًا عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح**))[572] بل وحتى أنه ليس لها أن تصوم نفلا وزوجها حاضر إلا بإذنه كما ذهب إليه الفقهاء.
- الإمتناع عن القيام بالأعمال المنزلية: يرى بعض الفقهاء[573] وجوب قيام الزوجة بالأعمال المنزلية، وكذا فإن العرف السائد يجري أن تقوم المرأة بخدمة زوجها وأن امتناعها تعد به المرأة عاصية لزوجها أي ناشزا. يقول الإمام

---

[569] سورة الأحزاب الآية 33.
[570] المغني، ج8، ص136. وحاشية الدسوقي، ج2، ص343.
[571] حاشية ابن عابدين، ج4، ص77.
[572] أخرجه البخاري، كتاب بدء الخلق، باب ذكر الملائكة، حديث رقم 2237، ج6، ص314.
[573] حاشية الدسوقي، ج2، ص511. القوانين الفقهية، ص226.

القرطبي: "وقد جرى عرف المسلمين في بلدانهم في قديم الأمر وحديث بما ذكرنا من الخدمة بما يجري عليه العرف، ألا ترى أن أزواج النبي ρ وأصحابه كانوا يكلفون بالطحن والخبز والطبخ وفرش الفراش وتقريب الطعام وأشباه ذلك، ولا نعلم امرأة امتنعت من ذلك ولا يسوغ لها الإمتناع بل كانوا يضربون نساءهم إذا قصرن في ذلك ويأخذوهن بالخدمة فلولا أنها مستحقة لما طالبوهن ذلك"[574].

ويوضح هذا الأمر أبو زهرة بقوله: "وإن الرجل الذي لا خادم له إن جعلنا خدمة البيت ليست عليها تكون عليه، فيقوم بالخدمة في البيت والعمل في الخارج، وذلك ليس من العدل في شيء. وأن سبحانه وتعالى جعل للرجال على النساء درجة فقال: [**وللرجال عليهن درجة**] [575] وهذه الدرجة تقتضي أن تكون خدمة البيت عليها"[576].

وقد أشار قانون الأسرة الجزائري إلى هذا الحق في المادة 1/39 حيث اعتبره من واجبات الزوجة تجاه زوجها حيث تنص: "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة" حيث يدخل ضمن مفهوم كلمة مراعاته خدمته في البيت أي مراعاة شؤونه ومتطلباته داخله، وذلك بخدمته.

- إمتناع الزوجة عن السفر مع زوجها: يذهب الفقهاء إلى أن من حق الزوج بعد إبرامه عقد الزواج وتوفية صداقها أن يسافر بزوجته من بلد إلى آخر[577] لأن أساس الحياة الزوجية أن تعيش الزوجة حيث يعيش الرجل وتقيم، قال تعالى: [**اسكنوهن من حيث سكنتم مِّن وجدكم**] [578] وهذا ما استقر عليه الإجتهاد

---

[574] الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج2، ص154.
[575] سورة البقرة الآية 228.
[576] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص198.
[577] منح الجليل، ج2، ص106. حاشية ابن عابدين، ج3، ص147.
[578] سورة الطلاق الآية6.

القضائي وهو أنه من الواجب على الزوجة متابعة زوجها والإلتحاق به أين طاب عيشه[579].

- السماح للغير بدخول منزل الزوجية بدون إذن الزوج: والأصل في هذا قوله ρ: ((**إن لكم من نساءكم حقا ولنساءكم عليكم حقا فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن** في **بيوتكم** لمن **تكرهون**))[580] وذلك كون الدخول يؤدي إلى الخلوة وهذه قد تؤدي إلى الوقوع في الحرام[581]، وهذا المنع يستثنى منه محارم الزوجة فإن لها إدخالهم دون إذن الزوج وذلك أن المنع من الدخول فيه قطع رحم ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق إلا إذا ظن إفسادها عليه[582].

وعموما فإن التقصير في أي حق من حقوق الزوج أو امتناعها عن تحقيقه يجعلها ناشزا، مما يقيم للزوج حقه في استعمال التأديب.

- ثانيا : أن يلتزم الزوج بوسائل التأديب المحددة شرعًا

إذا ما ثبت نشوز الزوجة بأن صدر منها سلوك كالذي ذكرنا يجعلها ناشزا، فإن حق الزوج في التأديب يصبح قائما لإصلاح هذا السلوك فيها، ولكن وجب عليه أن يلتزم بوسائل التأديب التي حددها الشرع في قوله تعالى:[**واللا**تي **تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن** في **المضاجع واضربوهن فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً**] [583] فقد بينت الآية ورتبت[584] مراحل علاج نشوز الزوجة ترتيبا

---

[579] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/01/13، ملف رقم 39467. أنظر: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مرجع سابق، ص46.

[580] نيل الأوطار، ج6، ص236.

[581] حاشية الدسوقي، ج2، ص512. وحاشية ابن عابدين، ج3، ص603.

[582] حاشية ابن عابدين، ج3، ص603.

[583] سورة النساء الآية 34.

[584] فما ذكر في الآية من مراحل علاج النشوز هي على الترتيب، يقول الإمام ابن العربي: "أحسن ما سمعت في تفسير هذه الآية قول سعيد بن جبير قال: يعظها فإن هي قبلت وإلا هجرها فإن هي قبلت وإلا ضربها، فإن هي قبلت وإلا بعث حكما من أهله وحكمًا من أهلها..."، أحكام القرآن، ج1، ص420.

تصاعديا حيث بدأ بالأسهل واللين لتنتقل إلى المراحل الأخرى، وهي على الترتيب كالآتي:

- **الوسيلة الأولى:** الموعظة الحسنة: والعظة في الشرع تعني التذكير بما يلين القلب لقبول الطاعة واجتناب المنكر[585] بأن يذكرها بلين عظيم حقه عليها ووجوب طاعته، وينبهها إلى عواقب عدم طاعته، وما يترتب عنها من لعنة ثم أخيرا يهددها بأن نشوزها سيكون سببا في إسقاط نفقتها وكسوتها وما يباح له من هجرها وضربها[586].

- **الوسيلة الثانية:** الهجر في المضجع: أي ترك جماعها حال نشوزها[587]، وذلك لمدة لا تتجاوز الأربع أشهر لأنه إذا تجاوزها أصبح بذلك الزوج موليا، والإيلاء ممنوع شرعا وهذا رأي المالكية[588] بينما يرى الشافعية بتأقيت مدة الهجرة في المضجع بليلة إلى ثلاث ليال[589] بينما ذهب الحنابلة إلى عدم ربط الهجرة في المضجع بمدة معينة بل للزوج هجرة زوجته الناشز ما شاء[590].

أما بالنسبة لقانون الأسرة فيمكن القول أن المشرع قد أخذ برأي المالكية، حين سكت عن الكلام عن النشوز إشارة إلى الرجوع إلى أحكام الشرع في هذا، وكذا حين رتب حق التطليق للزوجة بسبب هجر زوجها لها في المضجع فوق أربعة أشهر، مما يقيد إطلاق مدة الهجرة بسبب النشوز المسكوت عنه حيث تنص المادة 3/53: "يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق لأسباب التالية: الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر".

---

[585] حاشية الدسوقي، ج2، 343.
[586] المغني، ج8، ص169. بدائع الصنائع، ج3، ص172.
[587] الشرح الكبير على المغني، ج8، ص169.
[588] شرح منح الجليل، ص176. الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص172.
[589] الغزالي، إحياء علوم الدين، ج2، ص56.
[590] الشرح الكبير على المغني، ج8، ص169.

- **الوسيلة الثالثة:** استعمال الضرب: أي إيلام الزوجة في جسدها، وهو آخر وسيلة يستعملها الزوج إذا لم تفد الوسيلتان السابقتان، غير أنها وسيلة وإن كانت مباحة إلا أنها ليست على إطلاقها وإنما قيدت بقيود، لأن المراد بالضرب المشروع ضرب تأديب لا ضرب عقاب وذلك:

- بأن لا يكون ضربا شديدا، أي غير مبرح، وذلك لقوله ρ: ((**ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدًا تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربًا غير مبرح**))[591] والضرب غير المبرح وغير الشديد هو مالا يخلف آثارا في الجسم[592] وقد فسره البعض بأنه مالا يكسر عظما ولا يشين جارحة كاللكزة[593].
- كما يشترط في الضرب ألا يكون شائنا، والضرب الشائن هو ما ارتكب بطريقة فيه تحقير للزوجة كالضرب على الوجه أو بالنعل أو أن يستعمل سوطًا أو عصا، فقد منع النبي ρ الضرب على الوجه بقوله: ((**ولا تضرب الوجه ولا تقبح**)) وأن يتقي كل المناطق المهلكة وأن يتقي البطن، بمعنى ألا يترك الضرب أو يخلف عجزا أو مرضا[594].

هذا وإنه بالرغم من كون الضرب وسيلة مباحة إلا أن النبي ρ قد كرهه، وهذا بقوله ρ : ((**إني لأكره للرجل يضرب أمته عند غضبه ولعله أن يضاجعها من يومه**))[595]، وذهب إليه عطاء بقوله: "لا يضربها وإن أمرها ونهاها فلم تطعه، ولكن يغضب عليها"[596]، وكل هذا لأن القصد من التأديب هو حمل الزوجة على الصلاح والعدول عن عصيانها لا العقاب، لذا فإن الزوج يتركه إذا ما رأى أنه لا يفيد في اصلاح حالها[597].

---

[591] أخرجه مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ρ، حديث رقم 1218، ج8، ص148.

[592] المغني، ج8، ص163.

[593] شرح منح الجليل، ج2، ص176.

[594] د. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج1، ص364.

[595] ذكره الإمام ابن العربي في كتابه أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص420.

[596] ابن العربي، أحكام القرآن، نفس المرجع، ج1، ص420.

[597] شرح منح الجليل، ج2، ص176.

- ثالثًا: مراعاة القصد والغاية في استعمال حق التأديب

أي أن يكون دافع الزوج في استعمال حقه في تأديب زوجته الناشز هو إصلاح حالها وحملها على الطاعة بترك عصيانها فيما فرضه الله عليها من حقوق زوجها، وهذا هو القصد والغرض من حق التأديب شرعا وقانونا. فإذا كان التأديب لغاية أخرى كأن يدفعها لإرتكاب معصية كأن تفرط في واجب شرعي مثل الصلاة فلا يجوز إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[598]، كما لا يجوز التأديب إن كان انتقاما من الزوجة أو لرد الإيذاء[599].

وملخص القول فإن استعمال حق التأديب المقرر للزوج سواء في القانون أو الشريعة يجب أن يكون متفقًا مع الغاية المقصودة من تشريعه وأن الحياد عن هذه الغاية تجعل مستعمل الحق متعسفًا في استعماله له[600].

- تأديب الأولاد الصغار:

للأب الحق في تأديب أولاده الصغار الذين هم دون البلوغ وكذا الجد وللوصي تأديب من هم تحت ولايتهما، وللأم حق التأديب إذا كانت وصية على الصغير أو كانت تكفله ولها هذا الحق في غيبة الأب[601].

---

[598] الترمذي، كتاب الجهاد، باب ما جاء لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ج3، ص271.
[599] شرح منح الجليل، ج2، ص176.
[600] عبد الإلاه أحمد، مرجع سابق، ص189.

وهذا الحق ثابت لورود أدلة كثيرة تدل عليه منها قوله تعالى: [**يا أيها الذين ءامنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارًا وقودها الناس والحجارة**] [602]، وقوله ρ: ((**علموا الصبي الصلاة ابن سبع سنين واضربوه عليها ابن عشر**))[603] وقوله: ((**ما نحل والد ولدًا من نحل أفضل من أدب حسن**))[604]، وقوله: ((**لأن يؤدب الرجل ولده خير من أن يتصدق بصاع**))[605].

- **شروط تأديب الصغار:** ويشترط في تأديب الصغار ما يشترط في تأديب الزوجة فيجب أن يكون التأديب لذنب فعله الصغير لا لذنب يخشى أن يفعله، وأن يكون الضرب غير مبرح متفقًا مع حالة الصغير وسنه، وأن لا يكون على الوجه والمواضع المخوفة كالبطن والمذاكير، وأن يكون بقصد التأديب، وأن لا يسرف فيه، أن يكون مما يعتبر مثله تأديبا للصغير، فإن كان الضرب في هذه الحدود فلا مسؤولية على الضارب، لأن الفعل مباح له[606].

المطلب الثالث
حدود وحكم التجاوز في استعمال حق التأديب

بناءًا على ما ذكرنا فإن حق التأديب يعتبر حقا مباحا للزوج استعماله إذا قامت أسبابه أي نشوز الزوجة وعصيانها، مراعيا في ذلك الترتيب الذي جاءت به

---

601 عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط4، 1985، ج1، ص518.

602 سورة التحريم الآية6.

603 أخرجه الترمذي، كتاب الصلاة، باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة، حديث رقم 407، ج2، ص259.

604 أخرجه الترمذي، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في أدب الولد، حديث رقم 1952، ج4، 338.

605 أخرجه الترمذي، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في أدب الولد، حديث رقم 1951، ج4، 337.

606 عبد القادر عودة، مرجع سابق، ج1، ص518. وأنظر تفصيل الموضوع: عبد الإلاه أحمد، مرجع سابق، ص189 وما بعدها.

الآية الكريمة في علاج هذا النشوز، والذي يبدأ من الوعظ وينتهي بالضرب غير المبرح، أي الذي لا يؤلم ولا يترك أثرا فإذا ما استعمل الزوج حقه في تأديب زوجته عند قيام أسبابه فإنه يكون بصدد استعمال حق أباحه له الشارع وأقره القانون، وإن كان الفعل ممنوعا شرعا خارج دائرة التأديب وبالأخص الضرب حيث يعاقب عليه القانون بموجب المادة 204 من قانون العقوبات حيث تنص على أنه: «كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الإعتداء يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة مالية...»

غير أنه إذا ترتب على استعمال الزوج حقه في تأديب زوجته ضررا كبيرا بأن تلفت أو أصيبت بعاهة، فذهب الإمام مالك وأحمد أن الزوج لا يضمن الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع على أن يكون الضرب مما يعتبر في مثله أدبا فإن كان الضرب شديدا بحيث لا يكون مثله أدبا للزوجة فيه الضمان[607]، أي أن الزوج لا يسأل جنائيا ولا مدنيا عن التأديب مادام في حدوده المشروعة لأنه يستعمل حقًا أباحه له الشارع[608].

أما في القانون فقد اعتبر الرابطة الزوجية كعذر مخفف للعقوبة وقد تجلى هذا التخفيف في المادة 279 من قانون العقوبات على أنه: «يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الآخر...» وكذلك فقد كيف هذا على أنها جريمة غير عمدية يستفيد بموجبها من ظروف التخفيف من العقوبة المقررة في المادة 264 من قانون العقوبات، حيث تنص المادة 2/242: «يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة مالية من 100 إلى 1000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط؛ كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل يجاوز ثلاثة

---

[607] المغني، ج10، ص349.

[608] عبد القادر عودة، مرجع سابق، ج1، ص517-518.

أشهر وكان ذلك ناشئًا عن رعونة أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة النظم»

أما إذا تعدى الزوج حدود وشروط التأديب، أو حاد بقصده وغرضه من استعماله عن المقصود الشرعي، أي من قصد التأديب إلى قصد الإنتقام، فإنه يكيف تصرفه بكونه تعسفًا يتحمل تبعته وآثاره، باعتباره ضربا أو جرحا فلا يعتبر تأديبا[609] أي أنه سيسأل مسؤولية جنائية يعاقب عليها على كونها مخالفة الضرب والجرح العمدي أو جنحة الضرب والجرح العمدي، وذلك بحسب العجز الناجم عنها، وفق ما تنص عليها المادة 1/442 والمادة 270 من قانون العقوبات.

بل وحتى في استعماله وسيلة الهجر في المضجع فإنه إذا تعسف في المدة بأن تجاوز بها مدة الأربعة أشهر بما يسبب ضررا للزوجة فإنه يحق للمرأة أن ترفع أمرها للقاضي لإزالة هذا الضرر بطلبها حق التطليق للضرر وفق ما نصت عليه المادة 3/53 من قانون الأسرة: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر»

وعليه يمكن القول أن حق التأديب حق مشروع بشروط وضوابط وفق أسباب محددة، فإن قامت أسبابه فإنه يبقى مقيدا بمبدأ التعسف حتى لا يحيد هذا الحق عن الحدود المضبوط بها، فإذا ما ثبت تعسف الزوج في استعمال هذا الحق سواء في معياره المادي بأن ترتب عليه ضرر فاحش لحق الزوجة ناجم عن الضرب المبرح أو تجاوز مدة الهجر، أو وفق المعيار الذاتي وذلك بالنظر إلى قصد الزوج من استعماله الحق بأن حاد عن قصد التأديب إلى قصد الإنتقام أو الإيذاء وذلك بالنظر إلى قرائن الأحوال كأن تجاوز المراحل المحددة لعلاج النشوز بأن تجاوز مرحلة النصح والهجر إلى الضرب مباشرة وذلك وفق سلطة القاضي التقديرية، فإذا ما ثبت التعسف من

[609] د. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج1، ص364.

الزوج في استعماله هذا الحق سقط عن فعله صفة الإباحة وأصبح في مركز مسؤولية جنائية ومدنية.

المبحث الثالث

التعسف في الطلاق

المطلب الأول

تعريف الطلاق ودليله وحكمة تشريعه

- **أولا: تعريف الطلاق:** الطلاق لغة: حل القيد والإطلاق، ومه ناقة طالق أي مرسلة بلا قيد، وأسير مطلق أي حل قيده وخلي عنه، ولكن العرف خص الطلاق بحل القيد المعنوي وهو في الـ مرأة[610].

اصطلاحا: هو حل قيد النكاح[611].

أو هو إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها صراحة أو دلالة[612].

وقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في قانون الأسرة في المادة 48 بقوله: «الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجان أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون»

- **ثانيا: حكم الطلاق:** الطلاق من حيث أصله مشروع لما وردت فيه من نصوص شرعية من القرآن والسنة تفيد ذلك. وقد ذهب الفقهاء إلى أن حكمه الإباحة وإن كان مبغضا في الأصل عند عامتهم[613]، إلا أن الأولى عدم ارتكابه لما فيه من قطع الألفة إلا لعارض وقد تعتريه الأحكام الأربعة الأخرى بحسب علل وأسباب ترتبط بوقوعه.

---

[610] المصباح المنير، مرجع سابق، ص514-515.

[611] المغني، ج8، ص233.

[612] د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص208.

[613] شمس الدين السرخسي، المبسوط، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1993، ج6، ص2.

فقد يكون حراما: كما لو علم أنه إن طلق زوجته وقع في الزنا لتعلقه بها، أو لعدم قدرته على الزواج بغيرها. ويكون مكروها: كما لو كان له رغبة في الزواج ويرجوا به نسلاً ولم يقطعه بقاء الزوجية عن عبادة واجبة، ولم يخش زنا إن فارقها. ويكون واجبا: كما لو علم أن بقاء الزوجية يوقعه في محرم من نفقة أو غيرها. ويكون مندوبا ومباحا: إذا كانت المرأة بذيئة اللسان يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده، كما يستحب أيضا لتضرر الزوجية ببقاء النكاح لبغضه أو غيره[614].

- ثالثا: دليل مشروعيته:

- **من القرآن:** قوله تعالى:[**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح باحسان**] [615]، وقوله أيضا:[**يـأيها النبىء اذا طلقتم النسآء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة**] [616]، وقوله أيضا:[**لا جناح عليكم إن طلقتم النِّسآء ما** لم تمسوهن] [617].
- **ومن السنة:** قوله ρ: ((**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**))[618]، وقد ثبت فيما رواه عمروا رضي الله عنه أن رسول الله ρ كان طلق حفصة ثم راجعها[619].

- رابعًا: حكمة تشريع الطلاق:

لم يشرع المولى عز وجل الزواج إلا لمقاصد سامية وأغراض نبيلة أهمها الالتقاء بين الزوجين إلتقاءًا شرعيا بما يحفظهما من الفساد، وبما يؤدي إلى إنشاء أسرة

---

[614] د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص362-363.
[615] سورة البقرة الآية 229.
[616] سورة الطلاق الآية1.
[617] سورة البقرة الآية236.
[618] أخرجه أبو داود، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، حديث رقم 2178، ج2، ص261.
[619] أخرجه النسائي، كتاب الطلاق، باب الرجعة، ج6، ص213.

لتحقيق هناءهما وتكون محضن تربية للطفولة تقوم على وشائج الرحمة وأساس التكافل، غير أن هذه المقاصد لا تتحقق وقد تصاب الحياة الزوجية بما لا يستطاع معه العشرة فتعود مصدرا للشقاء بعد أن كانت خيرا ونعمة، وهذا راجع للطبيعة البشرية للزوجين. فقد يحدث هناك نفور بينهما بسبب تباين الأخلاق وتنافر الطباع، فيكون الطلاق حلا حاسما لكلا الزوجين، إذا ما استعصت طرق حل هذا التنافر بالصلح أو التحكيم، لاستحالة توافقهما معا، فيكون الطلاق بذلك منفذًا وسبيلاً للخلاص من المفاسد والشرور الحادثة.

المطلب الثاني
الطلاق بغير سبب

الطلاق وإن كان حقا بيد الزوج إلا أنه حق مقيد بأسبابه، وذلك بما لا يضر ويؤذي الزوجة أو يسيء إلى سمعتها، فليس للزوج أن يوقع الطلاق كيفما شاء وفي أي وقت أراد، فقد قيد الطلاق في إيقاعه بقيود حتى لا يحيد عن الحكمة والقصد من تشريعه وهي:

- أن يكون إيقاع الطلاق لسبب يدعوا إليه ويبرره.
- أن يوقعه في حالة طهر الزوجة الذي لم يخالطها فيه.
- ألا يكون الطلاق أكثر من طلقة واحدة[620].

وهذا التقييد يرجع لكون الزواج نعمة والطلاق قطع له وقطع النعمة لا يجوز إلاّ إذا زالت صفتها وأيضا فإن الزواج عقد أبدي لازم والقياس يوجب ألا يذهبه أحد

[620] أنظر: حاشية الدسوقي، ج2، ص361.

العاقدين بإرادته المنفردة ولكن أجيز للحاجة فقط فإذا لم تكن ثمة حاجة يبقى القياس وهو المنع[621]. فإذا حدث طلاق من الزوج من غير سبب وجيه ومعقول لإيقاعه فماذا يترتب عليه؟

- أولاً: ما يترتب على هذا الطلاق:

إذا ما حدث مثل هذا الطلاق بأن طلق الزوج زوجته من غير حاجة أو سبب يدعوا إليه فإن الطلاق يقع مع لحوق الزوج الإثم على اعتبار القائلين بأن الطلاق بدون سبب يدعوا إليه لا يجوز شرعا[622] وذلك لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية خفية لا تخضع للإثبات الظاهر في القضاء مما يجب ستره حفظًا لسمعة المرأة ومنعا من التشهير بها[623].

وعليه فإن وقوع الطلاق من الزوج من غير سبب ولا حاجة يعد تعسفًا من الزوج وقرينة على قصده إيذاء زوجته، لذا فقد رتب الشرع بما يعرف بالمتعة[624] وجوبا إذا كان الطلاق من قبله، عدى المطلقة قبل الدخول والمسمى لها صداقها[625]، وهذا عملا بقوله تعالى: [**لا جناح عليكم إن طلقتم النسآء ما** لم **تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعًا بالمعروف حقا على المحسنين**] [626]، وقوله: [**وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين**] [627].

---

[621] أبو زهرة، الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي، ص284.

[622] زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص383.

[623] د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص401.

[624] **المتعة**: هي ما يدفعه الزوج من مال أو كسوة أو متاع للزوجة المطلقة عونًا لها وإكرامًا، ودفعًا لوحشة الطلاق الذي وقع عليها، وتقديرها مفوض إلى الإجتهاد، الصابوني ، روائع البيان، مرجع سابق، ج1، ص380.

[625] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ج2، ص100.

[626] سورة البقرة الآية236.

[627] سورة البقرة الآية 241.

- ثانيًا: موقف المشرع الجزائري من هذا الطلاق:

لقد قضى المشرع الجزائري فيما ورد في المادة 52 من قانون الأسرة بالتعويض للمطلقة الذي ثبت تعسف زوجها في طلاقها حيث تنص في الفقرتين 1 و 2: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج».

هذا وتكييف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا متروك للسلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية[628].

وعليه فإنه إذا طلق زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقه بأن كان دون سبب معقول وأن الزوجة لحقها ضرر بذلك، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل متروك تقديره لسلطة القاضي التقديرية وفقا لحالة الزوج المالية[629].

وقد قضى المشرع الجزائري بالمتعة للمطلقة على وفق ما أقره الفقهاء دون التعويض كتخفيف عن ألم الفراق عن زوجها، لأنه يعتبر المتعة في حد ذاتها تعويضا، حيث ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها تخفيفًا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر

---

[628] المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، 1969/05/29، د. بلحاج العربي، قانون الأسرة، ص75، نقلا عن النشرة السنوية 1969.

[629] د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص235.

خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض[630].

أما في حال ثبوت تعسف الزوج في طلاقه فإن للمطلقة حقها في المتعة إضافة إلى التعويض على الضرر الذي لحقها جراء تعسف الزوج، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بأنه من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل. والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي[631].

وعليه فإن المشرع الجزائري بقضائه الحكم بالتعويض للزوجة المطلقة بدون سبب معقول يكون مستنده مبدأ التعسف في استعمال الزوج حق الطلاق، حيث أن انتفاء السبب المشروع لإيقاعه يعتبر قرينة للضرر، وهو مبدأ مستمد من الفقه الإسلامي الذي يقضي بأن الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير[632] وهذا تطبيق لمبدأ التعسف في معياره الذاتي الذي يعتد بالباعث والدافع في استعمال الحق، فإيقاع الطلاق من غير ما سبب وحجة يعتبر قرينة على قصد الضرر والأذى قد يستند عليه القاضي في تقديره الأضرار اللاحقة بالزوجة والحكم بالتعويض لها.

كما أنه قد بنى الحكم بالتعويض على وفق القاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار " وذلك حينما ترك للقاضي مطلق الحرية في تقدير التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة جراء هذا الطلاق التعسفي بما يتفق والحالة المالية للزوج.

---

[630] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 8 أفريل 1985، ملف رقم 35912، د. بلحاج العربي، المرجع نفسه ، ص234

[631] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 7 أفريل 1986، ملف رقم 41560، د. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص77.

[632] د. بلحاج العربي، المرجع نفسه ، ص238.

المطلب الثالث

الطلاق في مرض الموت

- أولاً: المقصود بمرض الموت:

المريض مرض الموت هو من مرض مرضا يمنع صاحبه من إقامة مصالحه بنفسه ويكون الغالب في ذلك المرض موت صاحبه منه[633]، ويسمى بمرض الموت لاتصال الموت بذلك المرض، وعليه فإن مرض الموت هو المرض الذي يفضي بصاحبه إلى الموت ويمنع فيه صاحبه من بعض التصرفات.

وعموما فإن مرض الموت الذي تمنع به تصرفات المريض ما تحقق فيه أمران:

- أن يكون مرضا يحدث منه الموت غالبا.

---

[633] ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج3، ص383.

- أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلاً به.[634]

وهذا سواء أكان بسبب مرض أصيب به لا يشفى منه عادة وينتهي به إلى الموت كالأمراض المستعصية في هذا الزمان، ويلحق بالمريض مرض الموت كذلك من قدم للقتل قودا أو قصاصا أو حدا[635] وذلك لما في هذه الصور من معنى مشترك مع المرض وهو الإفضاء والإتصال بالموت.

هذا وقد عرفت المحكمة العليا مرض الموت الذي يبطل به التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد وعيه وتمييزه[636].

- ثانياً: ما يترتب على إيقاع الطلاق في **مرض الموت:**

اتفق العلماء على أن المريض مرض الموت إذا طلق زوجته في مرضه ومات من ذلك المرض فإن الطلاق يقع نافذًا[637] كطلاق الصحيح، سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، وذلك كون صحة الطلاق ونفاذه لا يشترط فيها صحة المطلق، كما أنهم اتفقوا على أن المطلقة ترث من زوجها إن كان طلقها طلاقا رجعيا ومات في عدتها من مرضه الذي طلقها فيه، لكنهم اختلفوا في ميراثها إن طلقها في مرض موته طلاقًا بائنا ومات منه، فقد اختلفت آراؤهم بين القائلين بمنع ميراثها وبين القائلين بميراثها.

- الرأي الأول: المانعين لإرثها بعد الطلاق.

وهو مذهب الشافعية، حيث ذهبوا إلى أن من طلق امرأته في مرضه طلاقا بائنا لم ترثه زوجته، حيث يقول الإمام الشافعي رحمه الله: "كل زوج عاقل غير

---

[634] أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي، ص314.

[635] أبو زهرة، المرجع نفسه ، ص316.

[636] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 9جويلية1984، ملف رقم 33719، د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، هامش رقم5، ص244.

[637] ابن جزي، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص233.

مغلوب على عقله يجوز طلاقه سواء كان صحيحا أو مريضا، فإن طلق الرجل امرأته ثلاثا أو تطليقة لم يبق له عليها من الطلاق غيرها أو لاعنها وهو مريض فحكم ذلك في وقوعه على الزوجة وتحريمها حكم صحيح، وكذلك لو طلقها طلقة واحدة قبل الدخول وكذا كل فرقة لا يملك فيها الزوج رجعة"[638] وقد اختار الإمام الشافعي بهذا الحكم رأي ومذهب عبه الله بن الزبير رضي الله عنهما حيث روى الإمام الشافعي أن ابن الزبير سئل عن رجل يطلق المرأة فيبتها فيموت وهي في عدتها فقال ابن الزبير: "طلق عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه تماضر بنت الأصبغ الكلبية فبتها ثم مات عنها وهي في عدتها فورثها عثمان رضي الله عنه، قال ابن الزبير: أما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة"[639]. وقد استدل الشافعية على رأيهم بمنع ميراث المطلقة في مرض موت مطلقها بأن الزوجة قد زال عنها سبب الميراث بالطلاق حيث أنها لم تعد زوجة، فمنعت من الميراث لئلا يلزم التوريث بلا سبب ولا نسب[640].

ومما يدل على أنها ليست زوجة وبالتالي سقط عنها سبب الإرث ما يلي:

- أنها لا تعتد عدة الوفاة الواجبة على الزوجة حين وفاة زوجها، عملا بقوله تعالى: [**والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا**] [641].
- للزوجين تغسيل أحدهما الآخر إن مات وليس للمبتوتة في المرض تغسيله.
- أنه لا يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين لقوله تعالى: [**وأن تجمعوا** بين **الاختين إلا ما قد سلف**] [642] ويجوز لمن طلق امرأة طلاقا بائنا أن يتزوج أختها أو

---

[638] الأم، ج5، ص254.
[639] الأم، ج5، ص254.
[640] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص153.
[641] سورة البقرة الآية 234.
[642] سورة النسآء الآية 23.

عمتها أو خالتها، فلو كانت زوجة لما جاز أن يتزوج واحدة من هؤلاء للنهي عن الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها.

- لا يجوز للرجل أن ينكح أكثر من أربع مجتمعات، ويجوز لمن طلق امرأته في مرضه أن ينكح أربعا سواها ولو كانت زوجة لكانت خامسة.

وقد وضح الإمام النووي رأي المذهب الشافعي في هذا بقوله: "طلاق المريض في الوقوع كطلاق الصحيح، ثم إن كان رجعيا بقي التوارث ما لم تنقض عدتها، فإن مات أحدهما قبل انقضاء عدتها ورثه الآخر وبعد انقضائها لا يرثه ولو طلق في مرض موته بائنا ففي كونه قاطعا للميراث قولان الجديد يقطع وهو الأظهر والقديم لا يقطع"[643].

- الرأي الثاني: القائلين بميراثها.

وهو مذهب المالكية والحنابلة والأحناف، حيث ذهبوا إلى أن المبتوتة في مرض الموت ترث

من زوجها إذا مات من مرضه الذي طلقها فيه، غير أنهم اختلفوا في الأجل الذي ترث فيه على ثلاث أقوال:

1. **القول الأول:** أنها ترثه مطلقًا، أي أن كل مطلقة في مرض موت مطلقها ترث من زوجها سواء انقضت عدتها أو لم تنقض، بل وسواء تزوجت أو لم تتزوج بعده، وهذا ما ذهب إليه المالكية.[644]

وقد استدلوا بتوريث عثمان رضي الله عنه لمطلقة عبد الرحمان بن عوف في مرض موته[645] حيث أنه أقر على ذلك ولم يخالف الصحابة فعد ذلك إجماعا منهم.

---

[643] النووي، روضة الطالبين، القاهرة، مطبعة الحلبي، ج8، ص72.

[644] أنظر: ابن عبد البر، الإستذكار، وثقه: د. عبد المعطي أمين قلعجي، القاهرة، دار أبو عين، ج17، ص264. وابن جزي، القوانين الفقهية، ص233.

[645] الباجي، المنتقى، ج4، ص85.

غير أننا لا نجد أي أثر يدل على استحقاقها الميراث بعد زواجها، وإنما بنوا حكمهم هذا على أن المطلق في المرض قصد الفرار من الميراث فعوقب بنقيض قصده بإثبات الميراث للمرأة واستحقاقها له دون النظر إلى مالها بعد ذلك، أي العمل بسد الذرائع حيث أن الطلاق يعد ذريعة إلى أمر ممنوع وهو حرمانها من الميراث قصدا فعوقب بنقيض قصده وهو ثبوت الإرث لها وإن تزوجت من غيره وأنجبت، غير أنهم وضعوا ثلاثة شروط حتى يثبت ميراثها منه وهي:

- أن لا يصح من ذلك المرض وإن مات منه بعد مدة.
- أن يكون المرض مخوفًا يحجر عليه فيه.
- أن يكون الطلاق منه لا منها ولا بسببها كالتمليك والتخيير والخلع.[646]

2. **القول الثاني:** أنها ترثه ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج فإذا تزوجت سقط حقها في الميراث وهذا هو المشهور عند الإمام أحمد في المطلقة المدخول بها[647].

وقد استدلوا بحديث عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه حين طلق زوجته وهو مريض فورثها عثمان رضي الله عنه بعد موت بن عوف وانقضاء عدتها.

وكذا فقد ورثوها لاعتبارهم المطلق فارا من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، وكذا لأن المريض قصد قصدا فاسدا فعوقب بنقيض قصده كالقاتل الذي قصد بقتل مورثه استعجال الميراث فإنه يعاقب بحرمانه منه[648].

أما تقيدهم لميراثها بعدم زواجها بعد انقضاء عدتها وذلك لكونها إن تزوجت تصبح وارثة من زوج آخر بموجب عقد الزوجية، لأن المرأة اتفاقًا لا ترث زوجين

---

[646] ابن جزئ، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص233.
[647] ابن قدامة، المغني، ج7، ص219. وابن رجب، القواعد، مرجع سابق، ص221.
[648] المغني، ج7، ص218-219.

معا في حال واحدة[649]. وكذا فإنه بزواجها تكون قد انقطعت نهائيا عن زواجها الأول ورضيت بإسقاط حقها من الميراث من مطلقها.

3. **القول الثالث:** أنها ترثه مادامت في عدتها، فإذا انقضت عدتها فلا ميراث لها وهذا إن طلقها من غير سؤالها فإذا طلقها بسؤالها فلا ميراث لها وهذا مذهب الحنفية[650] وذلك لاعتبارهم أن الحقوق الزوجية بين الزوجين تنتهي بانتهاء العدة، ومعتمد الأحناف في هذا هو الاستحسان، لأن القياس يقضي بعدم ارثها بانتهاء النكاح حيث جاء في المبسوط: "وجه القياس أن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات والحكم لا يثبت بدون السبب كما لو كان طلقها قبل الدخول ولأن الميراث يستحق بالنسب تارة وبالزوجية أخرى ولو انقطع النسب لا يبقى استحقاق الميراث به سواء كان في صحته أو في مرضه فكذلك إذا انقطعت الزوجية ولكنا استحسنا لاتفاق الصحابة رضي الله تعالى عنهم والقياس يترك بإجماع الصحابة"[651]. وكذلك فإن المرأة لما تنقضي عدتها حل لها أن تتزوج وذلك دليل حكمي منافٍ للنكاح الأول فلا يبقى معه النكاح حكما كما لو تزوجت[652].

- ثالثًا: مرجع الخلاف في **ميراث المبتوتة** في **مرض الموت:**

يرجع الخلاف بين الفقهاء في ميراث المبتوتة في مرض الموت إلى مدى أخذهم وعملهم بمبدأ سد الذرائع، حيث أن المطلق اتخذ الطلاق الثابت له حقا شرعيا كذريعة إلى أمر ممنوع شرعا وهو حرمان الزوجة من الإرث قصدا، وقد وضح هذا

---

[649] ابن عبد البر، الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، بعناية: عبد المعطي القلعجي، حلب، القاهرة، دار الوعي، ط1، 1993، ج17، ص267.

[650] الشيخ نظام، الفتاوي الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، بيروت، دار صادر، طبعة 1991، ج1، ص462.

[651] السرخسي، المبسوط، ج6، ص155.

[652] السرخسي، المبسوط، ج6، ص156.

الإمام ابن رشد بقوله: "وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض متهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثًا"[653].

وبناءًا على هذا نجد أن الشافعية الذين لم يقولوا بمبدأ سد الذرائع ولم يعتدوا بالباعث غير المشروع في التصرفات قضوا بعدم ميراثها وذلك لإنتفاء سبب الإرث بانقطاع الزوجية بالطلاق دون اتهام لقصد الزوج بالفرار من الإرث.

أما الجمهور الذين قالوا بإرثها فإنهم قالوا بذلك لاعتدادهم بالباعث في استنادهم إلى قصد توريث عثمان رضي الله عنه تماضر زوج عبد الرحمان بن عوف، وإن كانوا قد اختلفوا في التوسيع والتضييق في وقت الميراث، حيث نجد المالكية قد وسعوا الأمر وتركوه مطلقا حين قضوا بميراثها ولو انتهت عدتها وتزوجت وهذا معاملة للزوج بنقيض القصد الذي دفعه إلى تطليقها وهو حرمانها من الميراث حتى وإن خالف قضاؤهم هذا حكم الأصل الذي يقضي بأن المرأة لا ترث من رجلين في حال واحدة. في حين أن الحنابلة قيدوا ميراثها بعدم الزواج لأنها إن تزوجت قام سبب ميراثها من الزوج الثاني فلا ترث مرتين في حال واحدة، أما الأحناف فإنهم قالوا بميراثها استحسانا وقت العدة فإذا ما انتهت عدتها سقط حقها في الإرث منه لكونها يحل لها بعد ذلك الزواج من غيره والإرث منه. فمرد هذا الإتجاه وإن اختلف أصحابه في زمن ميراثها هو مراعاة الباعث غير المشروع الذي أدى بالزوج إلى طلاقها في آخر عمره وهو مريض وهو قصد حرمانها من حقها المشروع في ماله ميراثًا، وهذا يعد تطبيقًا لمبدأ التعسف في استعمال الحق في معياره الذاتي الذي يقوم على أساس القصد غير المشروع، فكان الأثر المترتب عكس قصده، وذلك بمجازاة المطلق بخلاف ما قصده باستعماله حقه في الطلاق،

---

[653] بداية المجتهد، ج2، ص86.

وردعا لغيره وذلك بإثبات حقها في الإرث منه ولو انتهت عدتها وتزوجت بغيره على رأي المالكية.

وهذا حسما لمادة الفساد من التمع إذا ما كثر الظن بوقوعه، وإن كان العمل بسد الذرائع يقضي بعدم وقوع الطلاق أصلاً، غير أن جمهور الصحابة والأئمة يقولون بوقوع الطلاق وثبوت إرثها، بمعنى أنهم اعتدوا بالباعث في الأثر المترتب على الطلاق وهو الإرث فقط دون الطلاق، أي أنه كان قاصدا للطلاق وقاصدا في ذات الوقت حرمانها من الميراث به، فيقع الطلاق صحيحا باعتبار قصده وثبوته ويعاقب على قصده غير المشروع بحرمانها من الميراث بخلاف ما قصد وهو توريثها، وقد وضح هذا التداخل الإمام ابن رشد بقوله: "لأنه يعسر أن يقال أن في الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح لأن هذا يكون طلاقًا موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع"[654].

لذا فإن الحكم بتوريث المطلقة في مرض الموت هو للحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع أو المصلحة غير المشروعة التي توخاها المريض مرض الموت وهو حرمانها من الإرث، وهذا قد قام الدليل على وجوب إبطاله لمناقضة قصد الشارع في كل تصرف يراد به إسقاط واجب أو تحليل حرام[655].

وعليه لما كان الطلاق حقا مشروعا فإنه لا يجوز التعسف فيه قصد غايات ضارة بالمطلقة فإذا ما ثبت هذا التعسف من الزوج أو اتهم به كان الحكم بخلاف قصده بوقوع الطلاق كونه قاصدا له ويحكم بتوريث المبتوتة ولو بعد زواجها وهذا إعداما لهذا التصرف من التمع مهما كان الدافع إليه، وهذا أقصى ما يمكن أن يتصور في إعمال نظرية التعسف[656].

---

[654] بداية المجتهد، ج2، ص86.

[655] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص184.

[656] د. فتحي الدريني، المرجع نفسه على نفس الإحالة.

- رابعًا: موقف المشرع الجزائري من الطلاق في **مرض الموت:**

لم يتناول المشرع الجزائري طلاق المريض مرض الموت بنص خاص في قانون الأسرة مما يدل أنه يحيل الحكم فيه على ما ثبت في الفقه الإسلامي وفق المذهب المالكي، أي أنه إذا ما طلق الزوج زوجته في مرض موته فإنها ترثه ولو انقضت عدتها وتزوجت من غيره، غير أنه بقراءة نص المادة 132 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: «إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث» يفهم من خلال منطوق هذا النص تقييد المشرع الجزائري لميراث المطلقة من زوجها المتوفي بأن تكون الوفاة قبل انقضاء العدة، وعلى اعتبار أن النص عام في الطلاق ولم يخصصه بكونه في مرض الموت أو في غيره، فإنه يمكن سحبه على الطلاق في مرض الموت أي بتقييد ميراث الزوجة من مطلقها في مرض الموت إن مات خلال عدتها قبل نهايتها، أي أن المشرع يميل إلى الأخذ بقول الأحناف الذين قضوا بميراثها خلال العدة فقط.

المبحث الرابع
التعسف في الوصية
المطلب الأول
تعريف الوصية دليلها وحكمت تشريعها

- **أولاً : تعريف الوصية: لغة:** من أوصى الرجل ووصاه أي عهد إليه، والوصية ما أوصيت به، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت. ووصى الشيء بغيره وصيا وصله، ووصيت الشيء ووصلته سواء.[657]

اصطلاحًا: الوصية عند الفقهاء اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته[658]، أو هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان التملك عينا أم منفعة[659].

- **ثانياً : دليل مشروعيتها:** الوصية مشروعة بما ثبت من نصوص القرآن والسنة، وهي مندوبة على اعتبار أنها عقد من عقود التبرع.

فمن القرآن قوله تعالى: [**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرًا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين**] [660] ونسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث[661].

وقوله: [**شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية**] [662].

وقوله عز وجل أيضا: [**من بعد وصية يوصي بهآ أودين**] [663].

---

[657] لسان اللسان تهذيب لسان العرب، تم تهذيبه من طرف المكتب الثقافي لتحقيق الكتب، إشراف الأستاذ: عبدأ علي مهنا، دار النهضة العربية، ط1، 1993، ج2، ص742.

[658] الكساني، بدائع الصنائع، ج7، ص333.

[659] د. وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دمشق، دار الفكر، ط1، 1987، ص8.

[660] سورة البقرة الآية180.

[661] ابن قدامة، المغني، ج6، ص415.

[662] سورة المائدة الآية106.

[663] سورة النساء الآية12.

ومن السنة قوله ρ: ((**ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلا ووصيته مكتوبة عنده**))[664].

والمراد الحث على صاحب مال يمر عليه زمن وله ما يوصي فيه ولا يكتب وصيته، فالحديث فيه

حث على المبادرة على كتابة الوصية.

- ثالثا : الحكمة من مشروعيتها:

لقد شرع الله الوصية كباب من أبواب التبرع ووسيلة من وسائل التكافل وتحصيل ذكرى الخير في الدنيا ونوال الثواب في الآخرة، فقد شرعها الله تمكينا من العمل الصالح، ومكافأة من أسدى للمرء معروفًا، وصلة للرحم والأقارب غير الوالدين، وسد خلة المحتاجين وتخفيف الكرب على الضعفاء والبؤساء والمساكين[665]. وهي مظهر من مظاهر رحمة الله بعبده حين شرعها له ليتدارك بها ما فاته أو قصر فيه من الواجبات خلال حياته ليختمها بعمل صالح وصدقة جارية تبقى بعد موته.

ولكن مشروعيتها وفق ضوابط وشروط وضعها الفقهاء تضبطها، وهذا حتى لا يضر الموصي بأصحاب الحق في ماله بعد موته وهو الورثة، وحتى لا تحيد الوصية عن سبيل المقصد الذي شرعت من أجله.

- رابعًا : تعريف المشرع الجزائري للوصية:

لقد تناول المشرع الجزائري الوصية في قانون الأسرة في الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات، حيث عرفها على وفق تعريف الفقهاء لها، فقد نصت المادة 184 منه على أن: «الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع» حيث يشمل

---

[664] أخرجه مسلم، كتاب الوصية، حديث رقم 1627، ج11، ص63.

[665] د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص11.

التعريف جميع أنواع الوصايا وذلك باستعماله لفظ التمليك بصيغة الإطلاق مما يشمل الوصية بالأعيان والوصية بالمنافع، أو بإسقاط الديون على الغير لأنها من باب تمليك الدين للمدين.

وإيراده للفظ التبرع يدل على أن المشرع يقصد بالنص الوصية التي تبنى على محض التبرع ولا يكون في مقابلها أي عوض، فقد أخرج بهذا القيد الوصايا التي تنشئ عن بيع أو إيجار لأن مثل هذه الوصايا هي تمليك ولكن بعوض وليست تبرعا.

المطلب الثاني
مقدار الوصية المشروع

لقد قيدت الوصية بمقدار الثلث، حيـث أن العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر

من الثلث لمن ترك ورثة[666]، وقد دلت على هذا المقدار السنة النبوية التي قيدت إطلاق لفظ الوصية في القرآن الكريم في قوله تعالى: [**من بعد وصية يوصي بهآ أودين**] [667] حيث ثبت أن النبي ρ عاد سعد بن أبي وقاص حيث قال: عادني النبي ρ عام حجة الوداع من مرض أشفيت على الموت فقلت: يا رسول الله: بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأتصدق بثلثي

[666] ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص338.
[667] سورة النساء الآية12.

مالي؟ قال:لا، قال سعد: أفأتصدق بشطره؟ قال رسول الله ρ: ((**الثلث يا سعد، والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس**))[668].

هذا وإن الثلث المعتبر هو مما يكون تركة خالصة من الدين، لأن سداد الدين أولاً، وبعد الدين تقدر الوصية بثلث الباقي فيخلص للورثة الثلثان كاملين[669].

وعلى هذا فإنه إذا ما تعدى الموصي في وصيته ما حددت به شرعا بأن أوصى بأكثر من ثلث تركته فإن نفاذها يتوقف على إذن وإجازة الورثة[670] فإن أجازوها نفذت واعتبر ذلك تنازلاً منهم عن جزء من حقهم في التركة.

- مقدار الوصية في القانون الجزائري:

لقد قيد المشرع الجزائري كذلك الوصية بمقدار الثلث، وجعل نفاذها في حال تجاوز الموصي الثلث المحدد لها على إجازة الورثة كما ذهب إليه الفقهاء، حيث تنص المادة 185 من قانون الأسرة: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة».

المطلب الثالث

صور المضارة في الوصية وأثر التعسف فيها

[668] أنظر الحديث في صحيح البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب 49، حديث رقم 3936، ج7، ص269.
[669] أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، 1988، ص171.
[670] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص411.

لقد أباح الشرع الوصية لمقصد نبيل وسامي يعود على الموصي ينال به الثواب حتى بعد موته ولكن في حدود مشروعة مقيدة بأن لا يضر بأصحاب الحق في ماله بعد موته وهم الورثة، لذا فقد صرح المولى عز وجل بتحريم المضارة فيها في قوله تعالى: [**من بعد وصية يوصي بهآ أو دين غير مضآرٍّ**] [671] وهذا حتى لا تحيد الوصية عما شرعت من أجله، غير أن الموصي قد يجانب هذا القصد بأن يلحق بوصيته ضررا بالورثة وذلك من خلال صور متعددة لهذه المضارة لا تكيف على كونها تعسف في استعمال حق الوصية بناءًا على مفهوم التعسف وضوابطه، ومن هذه الصور للمضارة في الوصية:

- **أولا: الوصية لوارث:** بأن يؤثر وارثا بوصيته دون باقي الورثة أو إضرارا بهم وهذه وصية باطلة ولا تجوز باتفاق العلماء[672] وهذا لقوله ρ: ((**إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث**))[673]، وقد أبطلها المشرع الجزائري إلا إذا أجازها الورثة كما ورد في المادة 189: «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة».

وهذه الصورة من المضارة في الوصية لا تكيف على أنها تعسف وذلك كون التعسف في استعمال الحق في تأسسه يقوم على وجود حق حتى يتم وصفه بكونه متعسفا فيه وفي الوصية لوارث فإن الحق منتف وذلك لبطلان الوصية من أصلها[674].

- **ثانيًا: الوصية بما يزيد عن الثلث:** لغير وارث، وقلنا إن نفاذها متوقف على إجازة الورثة، فإن هم أجازوها عد ذلك تبرعا وتنازلاً منهم عن جزء من حقهم في

---

[671] سورة النسآء الآية12.
[672] بداية المجتهد، ج2، ص337.
[673] أخرجه الترمذي، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، حديث رقم 2120، ج4، ص433.
[674] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص107.

الميراث وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 185: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة ومازاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة».

وكذلك فإن هذه الصورة لا تعد ولا تكيف على أنها تعسف من الموصي في استعمال حقه في الوصية، وذلك لنفس سبب الصورة الأولى أي إنتفاء وجود الحق حتى يوصف بكونه تعسفًا، فالوصية بأكثر من الثلث المحدد شرعا هي من باب الخروج عن حدود الحق وبالتالي فلا تدخل في نطاق نظرية التعسف أصلاً.[675].

- **ثالثًا: الإيصاء** في **حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة:** وهذه الصورة هي عين التعسف وذلك أن الموصي قد تقيد بالشروط الموضوعية للوصية ولم يخرج عن الحدود المشروعة لها، غير أنه قصد بإيقاعها إلحاق الضرر بالورثة.

وعليه فإن أول ما يترتب على هذا التعسف هو الإثم والمؤاخذة باعتبار ارتكابه لمحرم ثابت بصحيح القرآن، ولما قاله ρ: ((**إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة** ثم يح**ضرهما الموت فيضاران** في **الوصية فتجب لهما النار**))[676].

وقد قال ابن عباس رضي الله عنه: "الإضرار بالوصية من الكبائر"[677].

ولقد ذهب الفقهاء الذين اعتدوا بالباعث في التصرفات والعقود إلى القول بإبطال الوصية إذا كان الدافع إلى إبرامها هو محض الإضرار بالورثة.

فيقول الإمام ابن قيم الجوزية: "قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات كما هي معتبرة في القربات والعادات فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما أو صحيحا أو فاسدا ... ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر فمنها...وقال الله تعالى: [**من بعد وصية يوصي**

---

[675] المرجع نفسه ، ص106.

[676] مر تخريجه ص71 من هذا البحث.

[677] أنظر: د. وهبة الزحيلي، التفسير المنير، ج4، ص285.

بهآ أو دين غير مضآرّ] [678] فإنما قدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرار، فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها"[679].

وعليه فإن الحنابلة يعتدون بالباعث في التصرفات، فأيما عقد أو تصرف كان الباعث عليه أمرا محظورا سواء تضمنت صيغة ما يدل عليه أو لم تتضمنه وكان أمرا باطنيا فإنه يعد باطلاً، لكونه استعمال للحق في غير ما شرع له.

ويقول الإمام القرطبي في تفسيره لآية الوصية: "إلا أن مشهور مذهب مالك وابن القاسم أن الموصي لا يعد فعله مضارة في ثلثه لأن ذلك حقه، فله التصرف فيه كيف يشاء، وفي المذهب قول أن ذلك مضارة فترد"[680]. ولعل هذا الرأي مرده احترام إرادة الموصي في آخر حياته وصعوبة إثبات قصده على اعتبار وفاة صاحب الوصية.

غير أنه وبالرجوع إلى قواعد المذهب المالكي والذي اعتد بالباعث في التصرفات وتوسع في الأخذ بمبدأ سد الذرائع يرجح القول بإبطال الوصية إذا ما بنيت وقصد بها محض الإضرار بالورثة. ويوضح هذا الأستاذ علي الخفيف بأن ابن القاسم نفسه يرى بأن الوصية للوارث – إن قصد به إضرار الورثة – ترد ولو أجازوا، فإذا قال الموصي: إن لم يجز الورثة فذلك للمساكين، فإن وصيته تبطل وترجع ميراثًا، لأنه أوصى لبعض ورثته ثم جعلها للمساكين إن لم يجيزوا، دل ذلك على قصد الضرر بالورثة، وما قصد به الضرر لا يمضى، لقوله تعالى في حق الموصي: [**غير مضار**] ولخبر: " لا ضرر ولا ضرار"[681].

وعليه نخلص إلى أن حق الوصية قد شرع في حدود ثلث المال كوسيلة من وسائل البر والثواب، غير أنها تبطل إذا ما ثبت تعسف الموصي فيها بأن قصد بها

---

[678] سورة النسآء الآية 12.
[679] إعلام الموقعين، ج3، ص95-96.
[680] الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص89.
[681] أنظر: د. فتحي الدريني، ص111. نقلا عن أحكام الوصية للأستاذ الشيخ علي الخفيف.

ر بالورثة أي أن كان قصد إلحاق الضرر هو الباعث الأ

[illegible] موقف المشرع الجزائري:

لم يرد في قانون الأسرة ما يتناول موضوع الإضرار بالوصية والتعسف فيها، وذلك إحالة منه على مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، وإن كان قد تناول مسألة تجاوز الوصية حدود الثلث في المادة 185 والإيصاء للوارث في المادة 189، غير أن هذين النصين لا يتناولان المضارة في الوصية المتأسسة على التعسف فيها وذلك لكون تجاوز مقدار الثلث في الوصية والإيصاء للوارث يعدان خروجا وتعديا عن الحق وليس تعسفًا. وهذا أحد ما يؤخذ على قانون الأسرة الجزائري بإغفاله لأثر التعسف في استعمال حق الوصية بنص صريح باعتباره قد اعتد بهذه النظرية في القانون المدني. وإن كان النصان السابقان قد تناولا موضوع الإضرار في الوصية ولكنه ضرر غير ناشئ عن التعسف فيها وذلك لانتفاء الحق في حد ذاته كما ذكرنا والتعسف لا يقوم إلا إذا وجد الحق أصلاً.

الخاتمة

الخاتمة

ينتهي بنا الرحيل بحمد الله عبر دروب هذا البحث فصولا ومباحث بما وفقني الله إليه من جهد جمع ودراسة لأغلب جوانبه بحسب قدرتي القاصرة، ننتهي بعد كل هذا إلى جملة من النتائج قطفناها عبر مسالك هذه الدراسة نوجزها متسلسلة على وفق ما يلي:

1. أن فكرة الحق أصيلة في الفقه الإسلامي تأصلت فيه منذ ارتباط الأرض بالسماء عن طريق الوحي الإلاهي، على اعتبار أن الحق منحة إلاهية للإنسان منشؤها الحكم الشرعي المستمد من الأصول العامة للتشريع، فليس الحق وليد الطبيعة

البشرية باعتبار أن الفرد يولد متمتعا بحقوق مطلقة، أو أنه منحة من التمع يمنحها للفرد على اعتباره مسخر لخدمة مصالحه كما ذهب إليه أهل القانون، ويوضح هذه الحقيقة الإمام الشاطبي بقوله: "لأن ما هو حق للعبد إنما يثبت بكونه حقا بإثبات الشرع ذلك له لا بكونه مستحقًا لذلك بحكم الأصل"[682].

2. إن الله ما منح هذه الحقوق إلا لمصلحة قصد تحقيقها – سواء كانت مصلحة عامة أو خاصـة – أو مفسدة قصد درئها، يقول الإمام العز بن عبد السلام: "الشريعة كلها مصالح إما تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح"[683] وعليه فإن الحق مقيد بما قيده به الشارع ابتداءًا، فعلى صاحب الحق أن يتصرف في استعمال حقوقه ولكن وفق ما قصده الشارع فليس له مطلق الحرية كما في المذهب الفردي أو ممنوع إياها على اعتبار أن حق الجماعة هو الأصل كما في المذهب الجماعي عند أهل القانون.
3. إن ارتباط الحق بمصلحة شرع من أجلها يجعل من الحق وسيلة لتحقيق هذه المصلحة والمقصد، فلا يعتبر الحق غاية في حد ذاتها، فعلى صاحب الحق أن يكيف استعمال حقوقه بما لا يحيد عن الغاية المقصودة منه، فإذا حاد به عن المقصود شرعا أصبح صاحب الحق في مركز غير محمي شرعا ولا قانونا.
4. إن فلسفة التشريع الإسلامي في نظرتها للحقوق الممنوحة شرعا للأفراد والتمع أو ما يعرف بالحق الخاص والعام يقيمهما على أساس من الموازنة عند تعارضهما بما يحقق المصلحة المرجوة حيث أنه لم يقدس الحق الفردي مطلقا، كما أنه لم يغلب حق الجماعة على ممتلكات الفرد وحقوقه المشروعة وإنما وازن بينهما على وفق أسس تحقق هذا التوازن تتمثل في البعد الأخلاقي الذي تنصبغ به أحكام الشريعة الإسلامية، وإرساء مبدأ التكافل الاجتماعي الذي يخلق التوازن بين الحقوق تلقائيا كنتيجة للبعد الأخلاقي، وكذا إرساء مبدأ العدل الذي يضمن استقرار الحياة، باعتباره مقصدا تشريعيا وبهذه الأسس فإن التوازن بين الحقوق عند تعارضها يمكن

---

[682] الشاطبي، الموافقات، ج2، ص377.
[683] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج1، ص9.

أن ينشأ تلقائيا بدافع من صاحب الحق في حد ذاته بالإيثار والتنازل تكافلا منه ورغبة في الأجر والثواب، وهذا كون الشريعة الإسلامية لا تعرف المفاصلة بين أحكامها المشروعة وقواعد الأخلاق وهذا نابع من البعد الديني في أحكامها في كل أبواب التشريع، وهذا ما لم يعرفه القانون الوضعي في تشريعه.

5. إن الطبيعة المزدوجة للفقه الإسلامي في إقراره للحقوق الفردية والجماعية والأسس التي وضعها لحفظ التوازن بين مصالحها عند التعارض يجعل نظرية التعسف في استعمال الحقوق – باعتبار ارتباطها بفكرة الحق في حد ذاته – تتأسس على أصولها فيه على كونها تدبيرا احترازيا لمجاوزة الحقوق حدودها، حيث أنه لو بنى الفقه الإسلامي تشريعه على أساس تقديس الحق الفردي لما منعه من استعمال حقه كما يريد، ولو كان تأسس على أساس الجماعة فحسب لما عاد للحق الفردي أي اعتبار، وبالتالي فلا معنى لنظرية التعسف حينها كون النظرية لا تتأسس إلا عند الإقرار بالحقين معا وحمايتهما، على اعتبار أن التعسف قد يقوم عند الترجيح بين المصالح عند التعارض وذلك دفعا للضرر العام أو الضرر الأشد، وهو ما لم يعرفه القانون الوضعي إلا في عصوره المتأخرة على وفق النظرية الحديثة لفكرة الحق بعد أن تجاذبتها على النقيض فلسفة المذهب الفردي وفلسفة المذهب الجماعي.

6. إن التعسف في تكييفه لا يعد خطئًا تقصيريا أو خطئًا شبه تقصيري – وإن كان التعسف يرتب على المتعسف مسؤولية توجب التعويض – وإنما يرتبط أساسا بفكرة الحق حيث يعد التعسف ميزانا لاستعماله على ضوء غايته ومقصده مما يجعل نظرية التعسف كمبدأ وقائي عند استعمال الحقوق، أي أنّ نظرية التعسف تعتبر كنظرية متكاملة مستقلة تجد كيانها الطبيعي في النظرية العامة للحق.

7. إن القول بأصالة نظرية التعسف في التشريع الإسلامي ليس وليد تعصب ديني غير مؤسس وإنما أساسه ما ثبت من أدلة شرعية تثبت ذلك سواء من القرآن والسنة من نصوص تمنع المضارة بالغير وتزيل الضرر عند وقوعه، أو من عمل الصحابة

واجتهادهم حين قضوا بتوريث مبتوتة المريض مرض الموت، أو مما استقرأه فقهاء الشريعة من قواعد عامة تثبت أصالة هذه النظرية كقاعدة " لا ضرر ولا ضرار " وقاعدة " الأمور بمقاصدها " أو مبدأ سد الذرائع.

8. إن التعسف في استعمال الحق يضبطه معياران: معيار ذاتي شخصي يعتد بقصد صاحب الحق من استعماله حقه، أو ما يعرف بالباعث على التصرف، فإذا ما كان الباعث عن التصرف يخالف القصد من مشروعية الحق إلى تحقيق مصالح غير مشروعة تتناقض مع الغرض الإجتماعي أو الإقتصادي أو السياسي عد صاحبه متعسفا وجب درء تعسفه وجبر الضرر إن ترتب عليه، ومعيار موضوعي يعتد بالضرر المترتب على التصرف المشروع دون مراعاة قصد صاحبه حيث يعد متعسفًا إذا ما نجم عن تصرفه لحوق ضرر بالغير أكبر من المصلحة المرجوة منه أو يساويها، وهو معيار يقوم على أساس من الموازنة بين المضار المترتبة والمصالح المرجوة الذي تفردت به الشريعة الإسلامية في إقرارها للحقوق.

9. إن نظرية التعسف لا تقتصر في تطبيقاتها على الحقوق المالية فقط وإنما تتسع بحسب معياريها إلى باقي الحقوق والتي من أهمها الحقوق الزوجية حيث أن ضبطها وفق مبدأ التعسف من شأنه أن يحفظ الحقوق لكلا الزوجين وبالأخص للزوجة مما يقطع كل إدعاء أن فقه الأحوال الشخصية قد هضم حقوق المرأة بإعطاء الزوج مطلق التصرف فيما منح من حقوق داخل الأسرة بموجب ملكه لعصمة الزواج.

10. إن العدول عن الخطبة حق مشروع لكن للقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق المعدول عنه وفق سلطته التقديرية إذا ما ثبت لديه تعسف الطرف العادل بتغريره بالطرف المعدول عنه بما ألحق به الضرر لا عن العدول في حد ذاته.

11. إن حق التأديب شرعا بالضرب حق مشروع للزوج حال نشوز زوجته وعدم إفادة الأمور الأخرى في إصلاحها غير أنه حق مقيد بشروط وضوابط تقيده حتى

لا يخرج عن حدوده المشروعة، فإذا ما تعدى الزوج وثبت تعسفه لدى القاضي في استعمال هذا الحق تحمل مسؤولية تصرفه وتعديه.

12. إن الطلاق حق ثابت شرعا عند قيام أسبابه، وأن التعسف فيه إضرارا بالزوجة يثبت به التعويض لها عما لحق بها على وفق ما يقرره القاضي حسب سلطته التقديرية.

13. إن القول بميراث المطلقة في مرض موت مطلقها يعتبر تجسيدا واضحا لنظرية التعسف في استعمال الحق غير أن تقييد ميراثها بعدم زواجها بعد انتهاء عدتها نراه الأرجح حتى لا نخالف الأصل العام القاضي بعدم ميراث المرأة من زوجين في حال واحدة.

14. إن حق الوصية مشروع بما لا يلحق ضررا بالورثة، فإذا ما ثبت قصد الموصي بوصيته إضرارا بهم، أو ألحقت بهم فعلاً ضررا عد ذلك تعسفًا من الموصي يؤدي إلى إبطالها وعدم تنفيذها درءًا للضرر الناجم عن التعسف فيها.

- إقتراحات وتوصيات:

من خلال فصول ومباحث هذا البحث سجلنا قصورا لدى المشرع الجزائري في تناوله لنظرية التعسف في استعمال الحق سواء في القانون المدني باعتباره المتبني والمعتمد لهذه النظرية وكذلك في تطبيقاتها في قانون الأسرة، لذا فإننا نقترح ونوصي بما يلي:

أ) تعديل تناول القانون المدني لنظرية التعسف في استعمال الحق وذلك باعتمادها كنظرية عامة تسري على جميع القوانين، وذلك بإدراجها ضمن نصوص الباب التمهيدي الأول، على غرار باقي التشريعات الأخرى، كالتشريع المصري.

ب) على اعتبار أن الضرر الأدبي أو المعنوي وهو أحد الآثار المترتبة على التعسف في استعمال بعض الحقوق مما يرتب عليه دفع تعويض للمتضرر يجـبر هذا الضرر، وهو مالم يتناوله المشرع الجزائري، فإننا نوصي من خلال هذا البحث أن يتدارك

المشرع هذا النقص وذلك بإدراج نص أو نصوص تضبطه وتحدد معاييره، خصوصا وأن القضاء قد أسس لمبدأ التعويض على الأضرار المعنوية الأدبية فيما قضى به من أحكام.

ج) كذلك ومن خلال هذه الدراسة فقد لمسنا أن قانون الأسرة الجزائري في حاجة إلى صياغة جديدة لنصوصه من أهل الإختصاص الشرعي والقانوني بما ينضبط وأحكام الشريعة الإسلامية التي يستمد منها هذا القانون وتوسيع دائرة تناوله إلى مواضيع هامة وحساسة ومتكررة في الحياة الأسرية سكت عنها، وكان من المفروض أن ينطق ويصرح بها بما يضبط القضاء فيها وفق سلطة القاضي التقديرية كموضوع النشوز وطرق معالجته وضوابط استعمال الزوج لوسائل العلاج لهذا النشوز على وفق ما أقرته أحكام الشريعة الإسلامية.

د) نوصي كذلك ونقترح تعديل المادة 5 من قانون الأسرة المتعلقة بالتعويض عن الأضرار الناجـمة عن العدول عن الخطبة في الفقرة الثانية بما يتماشى وأحكام نظرية التعسف بأن يكون حكم التعويض مؤسسا على ما يصحب العدول من أفعال مقترنة بالخطبة لا عن العدول في حد ذاته لأنه حق ثابت أصلاً. ونقترح على وفق هذا أن تكون صياغة المادة كما يلي: «إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي بسبب أفعال مقترنة بالخطبة جاز الحكم بالتعويض».

وفي الختام نقول أن هذه الدراسة ما هي إلا نتاج جهد مقلّ قليل الزاد ضئيل الباع حاول بما وفقه الله إليه توضيح احدى كبرى النظريات في جانبها الشرعي والقانوني، والتي بالرغم مما كتب فيها فإنها ما زالت في حاجة إلى تمحيص ودراسة جادة من الباحثين على اعتبار أنه موضوع مرن وبالأخص في جانبه التطبيقي لارتباطه بمقاصد التشريع وانبناء أحكامه على فكرة الموازنة بين المصالح والمفاسد التي لا ينكر تغيرها بتغير ظروف الزمان والمكان.

ب جهدي القاصر بهذه الدراسة أن أكون قد خطوت به
ث العلمي الطويل جدا، مضيئًا به ولو قبسا خافتا لكل والج إ

والحمد لله رب العالمين وأزكى الصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين.

الفهارس

- **فهرس الآيات**
- **فهرس الأحاديث**
- **رس المصادر والمراجع**
- **رس القرارات والأحكام القضائ**
- **رس النصوص القانونية**
- **هرس الأعلام**
- **فهرس المواضيع**

{ فهرس الآيات }

السـورة والآيـة	رقم الآية	الصفحة
- سورة البقرة -		
يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا ...	104	85
ولئن اتبعت أهواءهم بعد الذي جاءك ...	120	47
وكذلك جعلناكم أمَّة وسطا لتكونوا شهدآء على النَّاس ...	143	48
ولئن اتبَّعت أهوآءهم مّن بعد ما جآءك من العلم ...	145	47
كمآ أرسلنا فيكم رسولاً منكم يتلوا عليكم ءايتنا...	151	33
فمن عفي له من اخيه شيء فاتّباع بالمعروف ...	178	07
ولكم في القصاص حياة يأوْلي الالباب ...	179	07
كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرًا...	180	152
ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل ...	188	08
وللرِّجال عليهنَّ درجة ...	228	135
الطَّلاق مرَّتان فإمساك بمعروفٍ أو تسريح بإحسانٍ ...	229	70 ، 142
وإذا طلَّقتم النِّسآء فبلغن أجلهنَّ ...	231	70
والوالداتُ يرضعنَ أولادهنَّ حولين كاملين ...	233	68
والذين يتوفَّون منكم ويذرون أزواجا...	234	147
ولا جناح عليكم فيما عرَّضتم به من خطبة النِّسآء ...	235	118
لاَّ جناحَ عليكم إن طلَّقتم النِّسآء مالم تمسُّوهنَّ ...	236	142، 144
ولا تنسوا الفضل بينكم ...	237	41
وللمطلَّقات متاع بالمعروف حقًّا على المتَّقين ...	241	144
وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ...	280	72
- سورة النسآء -		
من بعد وصيَّة يوصي بهآ أو دين غير مضآرّ ...	12	15،154،152،71 5،156

السـورة والآيـة	رقم الآية	الصفحـة

وأن تجمعوا بين الاختين إلاَّ ما قد سلف ...	23	147
ولا تقتلوا أنفسكم إنَّ الله كان بكم رحيما ...	29	08
الرِّجال قوَّامون على النِّسآء ...	34	129
واللاتي تخافون نشوزهنَّ ...	34	136
إنَّ الله يامركم أن تودُّوا الأمانات إلى أهلها ...	58	44
ومن قتل مومنا خطئا فتحرير رقبة مُّومنة ...	92	102
- سورة المائدة -		
وتعاونوا على البرِّ والتَّقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ...	2	05،38، 43،89
والمحصنات من الذين أتوا الكتاب قبلكم ...	5	79
وكتبنا عليهم فيهآ أنَّ النَّفس بالنَّفس ...	45	07
وأنزلنآ إليك الكتاب بالحقِّ مصدِّقًا ...	48	47
شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصيَّة	106	152
- سورة الأنعام -		
قل انَّ صلاتي ونسكي ومحيآي ومماتي لله ربِّ العالمين ...	162	33
- سورة الأعراف -		
قل من حرَّم زينة الله التي أخرج لعباده والطّيّبات من الرِّزق ...	32	08
- سورة يوسف -		
فاطر السَّموات والأرض أنت وليّ في الدُّنيا والاخرة ...	101	المقدمة
- سورة النحل -		
إنَّ الله يامر بالعدل والإحسان وإيتآء ذي القربى ...	90	41،44،49
- سورة الإسراء -		
وكلَّ إنسان الزمناه طائره في عنقه ...	13	38
وأفوا بالعهد إنَّ العهد كان مسؤولاً ...	34	122
- سورة الأنبياء -		
ومآ أرسلناك إلاَّ رحمة لّلعالمين ...	107	42
السورة والآية	**رقم الآية**	**الصفحة**
- سورة المؤمنون -		
ولو اتَّبع الحقُّ أهوآءهم لفسدت السَّماوات والأرض ...	71	32،47
- سورة النور -		

ولا يضربن بأرجلهنَّ ليعلم ما يخفين من زينتهنَّ ...	31	86
- سورة القصص -		
قال الذين حقَّ عليهم القول ربَّنا هؤلآء الذين أغويناآ ...	63	16
- سورة الأحزاب -		
ولا تبرَّجن تبرّج الجاهليَّة الأولى ...	33	134
- سورة يس -		
لقد حقَّ القول على أكثرهم فهم لا يومنون ...	07	16
- سورة الزمر -		
أفمن حقَّ عليه كلمة العذاب ...	19	16
- سورة فصلت -		
مَّن عمل صالحا فلنفسه ومن اسآء فعليها ...	46	38
- سورة الحجرات -		
إنَّما المومنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم...	10	42
- سورة التغابن -		
فاتَّقوا الله ما استطعتم ...	16	59
- سورة الطلاق -		
يا أيَّها النَّبيء إذا طلَّقتم النِّسآء فطلِّقوهنَّ لعدَّتهنَّ ...	01	142
اسكنوهنَّ من حيث سكنتم مِّن وُّجدكم ...	06	133،135
- سورة التحريم -		
يا أيُّها الذين ءامنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارًا ...	06	138
- سورة الأعلى -		
قد أفلح من تزكى وذكر اسم ربه فصلى ...	14	33

{ فهرس الأحاديث }

الحـديث	الصفحـة
1.أبغض الحلال إلى الله الطلاق ...	142
2.فإذا أمرتكم بالشيء فخذوا به ما استطعتم ...	95
3.إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء ...	134
4.أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ...	41
5.إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ...	71،156
6.إن لكم من نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا ...	135
7.أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما ...	118
8.إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ...	33،57،88،1 08
9.إني لأكره للرجل يضرب أمته عند غضبه ولعله أن يضاجعها من نومه ...	137
10.إياكم والجلوس في الطرقات ...	86
11.آية المنافق ثلاث ...	120
12.استوصوا بالنساء خيرًا فإنما هن عندكم عوان ...	130
13.تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ...	130
14.الثلث يا سعد والثلث كثير ...	154
15.دع ما يريبك إلى ما لا يريبك ...	87
16.علموا الصبي الصلاة ابن سبع واضربوه عليها ابن عشر ...	138
17.كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه ...	40
18.لأن يؤدب الرجل ولده خير له من أن يتصدق بصاع ...	138
19.لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد ...	73
20.لا ضرر ولا ضرار ...	41،73،84،9 1،100
21.إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ...	155
22.لا يؤمن أحدكم حتى يحب الشيء لا يحبه إلا لله ...	42
23.لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه ...	43

الحـديـث	الصفحـة
24.لا يحتكر إلا خاطئ ...	41،100
25.لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ...	119
26.لا يسم أحدكم على سوم أخيه ...	41
27.لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره ...	76
28.ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه ...	152

29.ما نحل والد ولدًا أفضل من أدب حسن ... 138
30.ولا تضرب الوجه ولا تقبح ... 137
31.ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدًا تكرهونه ... 137

{ فهرس المصادر والمراجع }

- أولا: القرآن الكريم، رواية ورش عن نافع رحمهما الله.
- ثانيا: الكتب

حرف الألف (أ)

1. أساس البلاغة، الزمخشري، تحقيق: محمد باسل عيون السود، بيروت: دار الكتب العلمية،1998.
2. الأشباه والنظائر، ابن نجيم، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1993.
3. الأشباه والنظائر، السيوطي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1990.
4. أحكام الفصول في أحكام الأصول، الباجي، تحقيق: عبد المجيد التركي، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1، 1986.
5. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، أبو بكر بن الحسن الكشناوي، دار الفكر، ط2.
6. أحكام القرآن، ابن العربي، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار المعرفة.
7. أحكام القرآن، الجصاص، مصر: دار المعرفة.
8. الأم، الشافعي، بيروت: دار المعرفة.
9. الأعلام، الزركلي.
10. الأخلاق النظرية، د.عبد الرحمان بدوي، الكويت: وكالة المطبوعات، ط2، 1976.
11. أصول الفقه تاريخه ورجاله، د.شعبان محمد اسماعيل، الرياض: دار المريخ للنشر، ط1، 1981.
12. أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، د.بلحاج العربي، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1996.
13. الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، بنغازي: منشورات جامعة قارة يونس، ط6، 1993.
14. أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د.عمر سليمان الأشقر، الأردن: دار النفائس، ط2، 1997.
15. أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، محمد مصطفى شلبي، بيروت: دار النهضة العربية، ط2، 1997.
16. أصول القانون، د.حسن كيرة، منشأة المعارف، 1960.
17. الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، د.أحمد الغندور، الكويت: مكتبة الفلاح، ط2، 1988.
18. الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، القاهرة: دار الفكر العربي.
19. الإستذكار لمذاهب علماء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطا من معاني الرأي والآثار، ابن عبد البر، بعناية: عبد المعطي أمين القلعجي، حلب، القاهرة: دار الوعي، ط1، 1993.
20. إحياء علوم الدين، أبو حامد الغزالي، بيروت: دار الكتب العلمية، 1996.

21.إعلام الموقعين، ابن القيم الجوزية، بيروت: دار الجيل.
22.الإسلام وحقوق الإنسان، دراسة مقارنة، د.القطب محمد القطب طبلية، دار الفكر العربي، ط3، 1984.
23.أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د.مصطفى ديب البغا، دار القلم ودار العلوم الإنسانية، ط2، 1983.

حرف الباء (ب)

23.بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، بيروت: دار الكتاب العربي، ط2، 1982.
24.بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، بيروت: دار القلم، ط1، 1988.

حرف التاء (ت)

25.تاريخ الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، د.عبد الودود محمد السريتي، بيروت: دار النهضة العربية، 1993.
26.تفسير الطبري، تحقيق: د.بشار عواد معروف وعصام فارس الحرشاني، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1994.
27.تاريخ الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ابن جرير الطبري، بيروت: دار الكتب العلمية، ط3، 1991.
28.التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، د.وهبة الزحيلي، دمشق: دار الفكر، ط1، 1991.
29.تذكرة الحفاظ، شمس الدين الذهبي، بيروت: دار الكتب العلمية.
30.التيسير في أحكام التسعير، أحمد سعيد المجيلدي، تحقيق: موسى لقبال، الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط2، 1981.
31.تبيين الحقائق وشرح كنز الدقائق، الزيلعي، القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، ط2.
32.تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، د. هلالي عبد الإلاه أحمد، القاهرة: دار النهضة العربية، ط1، 1990.
33.التعسف في استعمال الحق، أساسه ونطاق تطبيقه، د.محمد السعيد رشدي، القاهرة: دار النهضة العربية.
34.تفسير الفخر الرازي، بيروت: دار الفكر، 1995.
35.تفسير البيضاوي، بيروت: دار الفكر، 1982.
36.تفسير ابن كثير، بيروت: دار المعرفة.
37.تعليل الأحكام، د.مصطفى شلبي، بيروت: دار النهضة العربية، 1981.
38.تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، مراجعة:طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1986.
39.ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، القاضي عياض، بيروت: دار مكتبة الحياة.
40.تفسير الجلالين، بيروت: المكتبة الشعبية.
41.تفسير المنار، محمد رشيد رضا، بيروت: دار المعرفة، ط2، 1983.

42.التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط4، 1985.

حرف الجيم (ج)

43.الجامع لأحكام القرآن، القرطبي.
44.جامع العلوم والحكم، ابن رجب الحنبلي،تحقيق: د.يوسف البقاعي، بيروت: المكتبة العصرية، ط1، 1998.

حرف الحاء (ح)

45.الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دفتحي الدريني، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر.
46.الحق والذمة، علي الخفيف، القاهرة: مكتبة وهبة، 1945.
47.حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت: دار الفكر.
48.حاشية رد المحتار، ابن عابدين، دار الفكر، 1979.
49.الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق، اسماعيل العمري، العراق: مطبعة الزهراء الحديثة، ط1، 1984.

حرف الخاء (خ)

50.الخراج، أبو يوسف، بيروت: دار المعرفة.
51.الخصائص العامة للإسلام، د. يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة، ط3، 1985.
52.خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، عبد الناصر توفيق العطار، القاهرة: مكتبة وهبة.
53.الخطبة والزواج، د.محمد محدة، الجزائر: دار الشهاب، ط2، 1994.

حرف الدال (د)

54.درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، بيروت: دار الجيل، ط1، 1991.
55.دروس في أصول القانون، نظرية الحق، د.جميل الشرقاوي، القاهرة: دار النهضة العربية، 1966.
56.درة الحجال بأسماء الرجال، ابن القاضي، تحقيق محمد الأحمدي أبو النور، القاهرة: دار التراث.

حرف الذال (ذ)

57.الذخيرة، القرافي، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994.

حرف الراء (ر)

58.روائع البيان تفسير آيات الأحكام، الصابوني، بيروت: مؤسسة مناهل العرفان، ط3، 1980.
59.روضة الطالبين، الإمام النووي، القاهرة: مطبعة الحلبي.

60.روح المعاني في تفسير القرآن العظيم، الألوسي، صححه: محمد حسين العرب، بيروت: دار الفكر، 1993.

حرف الزاي (ز)

الزواج ومقارنته بقوانين العالم، زهدي يكن، بيروت: منشورات المكتبة العصرية، ط2.

حرف السين (س)

61.سير أعلام النبلاء، شمس الدين الذهبي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1984.
62.سنن أبو داود، بيروت: دار الجيل، ط1، 1992.
63.سنن ابن ماجة، بيروت: دار الفكر.
64.سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: ابراهيم عطوة عوض، بيروت: دار عمران.
65.سبل السلام شرح بلوغ المرام، الصنعاني، صححه وعلق عليه: نواز أحمد زمرلي وابراهيم محمد الجمل، بيروت: دار الكتاب العربي، ط2، 1986.

حرف الشين (ش)

66.شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد مخلوف، بيروت: دار الكتاب العربي.
67.شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ابن عماد الحنبلي، بيروت: دار الكتب العلمية.
68.شرح الرسالة، زروق، مطبوع مع شرح ابن ناجي الغروي، بيروت: دار الفكر، 1982.
69.شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، القرافي، مكتبة الكليات الأزهرية، 1973.
70.شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقاء، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1983.
71.شرح منح الجليل على مختصر خليل، محمد عليش، بيروت: دار صادر.
72.الشرح الكبير، الدردير، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر.
73.شرح قانون الوصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، 1988.

حرف الصاد (ص)

74.الصحاح، الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، بيروت: دار العلم للملايين، ط3، 1984.
75.صحيح مسلم بشرح النووي، ضبط وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1995.

حرف الضاد (ض)

76.ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د.محمد سعيد رمضان البوطي، الدار المتحدة، الجزائر: مكتبة رحاب، دمشق: مؤسسة الرسالة.

حرف العين (ع)

77.علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، الجزائر: الزهراء للنشر والتوزيع، ط1، 1990.
78.العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات، د.وهبة الزحيلي، طرابلس: منشورات كلية الدعوة الإسلامية، 1991.

حرف الغين (غ)

79.غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، الحموي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1985.

حرف الفاء (ف)

80.الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، مصطفى شلبي، بيروت: الدار الجامعية، 1982.
81.الفقه الإسلامي وأدلته، د.وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط1، 1991.
82.الفروق، القرافي، بيروت: دار المعرفة.
83.فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، دار الفكر.
84.الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، دار المعرفة للطباعة والنشر.
85.الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بدران أبو العينين بدران، بيروت: دار النهضة العربية.
86.الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبا حنيفة، الشيخ نظام، بيروت: دار صادر، 1991.

حرف القاف (ق)

87.قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام، بيروت: دار المعرفة.
88.القاموس المحيط، الفيروز أبادي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط6، 1998.
89.القواعد في الفقه الإسلامي، ابن رجب الحنبلي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1992.
90.القوانين الفقهية، ابن جزي، الجزائر: مكتبة الشركة الجزائرية.
91.قانون الأسرة، مبادئ الإجتهاد القضائي وفق قرارات المحكمة العليا، د.بلحاج العربي، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
92.القاموس الفقهي، د.سعدي أبو جيب، بيروت: دار الفكر، ط1، 1998.

حرف الكاف (ك)

93.الكشاف، الزمخشري، بيروت: دار الفكر.

حرف اللام (ل)

94.لسان العرب، ابن منظور، اعداد: يوسف خياط، بيروت: دار الجيل، دار لسان العرب، 1988.
95.لسان اللسان تهذيب لسان العرب، تم تهذيبه من طرف المكتب الثقافي لتحقيق الكتب، اشراف الأستاذ: عبد أعلى مهنا، دار النهضة العربية، ط1، 1993.

حرف الميم (م)

96.المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د.محمد عبيد الكبيسي ود.محمد عباس السمرائي ود.مصطفى الزيلعي، دار المعرفة، ط1، 1980.

97.المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقاء، دمشق: مطابع ألف - باء - الأديب، ط9، 1968.
98.المدخل الفقه الإسلامي، محمد سلام مدكور، دار النهضة العربية، ط4، 1969.
99.الموافقات في أصول الشريعة، أبو اسحاق الشاطبي، دار المعرفة، ط2، 1975.
100.مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، بيروت: دار احياء التراث العربي.
101.المدخل للعلوم القانونية، د.عبد المنعم البدراوي، بيروت: دار النهضة العربية، 1996.
102.المدخل إلى القانون، د.حسن كيرة، الإسكندرية: منشأة المعارف، ط5، 1974.
103.المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، الملكية العامة.
104.معجم المفسرين من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر، عادل نويهض، مؤسسة نويهض الثقافية، ط1، 1983.
105.الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية، علي الخفيف، بيروت: دار النهضة العربية، 1990.
106.المدخل إلى القانون: نظرية الحق، د.نبيل ابراهيم سعد، بيروت: دار النهضة العربية، 1995.
107.مذكرات في نظرية الحق، د.عبد الحي حجازي، القاهرة: مطبعة دار الكتاب العربي، 1951.
108.محاضرات في النظرية العامة للحق، د.شمس الدين وكيل، مطبعة نهضة مصر.
109.المدخل لدراسة القانون، د.أبو داود يحي، القاهرة: دار النهضة العربية، 1981.
110.مقدمات، ابن رشد، بيروت: دار صادر.
111.المدخل إلى دراسة القانون: نظرية الحق، د.علي حسين نجيدة، دار الفكر العربي، 1992.
112.معجم متن اللغة، محمد رضا، بيروت: دار مكتبة الحياة، 1960.
113.المثالية والواقعية في الفقه الإسلامي، مصطفى شلبي،
114.المستصفى، أبو حامد الغزالي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط3، 1993.
115.الموسوعة الفلسفية، وضع لجنة من العلماءو الأكاديميين السوفياتيين، ترجمة: سمير كرم، بيروت: دار الطليعة، 1981.
116.المعجم الفلسفي، د.جميل صليبا، بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1979.
117.المجتمع الإنساني في ظل الإسلام، محمد أبو زهرة، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 1981.
118.المنتقى على شرح الموطأ، أبو الوليد الباجي، بيروت: دار الكتاب العربي، ط1.
119.المدونة الكبرى للإمام مالك، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوحي، بيروت: دار صادر.
120.مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، د.عبد السلام التنوجي، طرابلس: منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، ط1، 1994.
121.مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، د.عبد الناصر توفيق العطار، القاهرة: دار النهضة العربية، ط2.
122.موطأ الإمام مالك، رواية أبي مصعب الزهري المديني، حققه وعلق عليه: د.بشار عواد معروف ومحمود محمد خليل، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، 1993.

123.المغني، ابن قدامة المقدسي، بيروت: دار الكتاب العربي، 1983.
124.مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، الحطاب، دار الفكر، ط3، 1992.
125.المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق، د.محمدي زيدة، الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1998.
126.محاضرات في عقد الزواج وآثاره، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.
127.المبسوط، شمس الدين السرخسي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1993.
128.الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، القاهرة: دار الفكر العربي.

حرف النون (ن)

129.نظرات في الشريعة الإسلامية، د.عبد الكريم زيدان، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 2000.
130.النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، محمد وحيد الدين سوار، الجزائر:المؤسسة الوطنية للكتاب، 1980.

131.نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، أحمد الريسوني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، 1995.
132.نظرية التعسف في استعمال الحق، د.فتحي الدريني، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، 1977.
133.نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، حليمة آيت جودي، بيروت: دار الحداثة للطباعة.
134.نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار، الشوكاني، بيروت: دار القلم.
135.نظرية التعسف في استعمال سلطة، د.سليمان الطماوي، مطبعة جامعة عين الشمس، ط2، 1988.
136.النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د.صبحي المحمصاني، بيروت: دار العلم للملايين، ط3، 1983.
137.النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، عاطف النقيب، بيروت، باريس: منشورات عويدات، ط1، 1983.

حرف الواو (و)

138.الوجيز في نظرية الحق، د.محمد حسنين، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.
139.وفيات العيان وأنباء أبناء الزمان، ابن خلّكان، تحقيق: د.احسان عباس، بيروت: دار الثقافة.
140.الوجيز في نظرية الحق، محمد كمال عبد العزيز، مصر: مكتبة وهبة.
141.الوسيط في شرح القانون المدني النظرية العامة للحق، د.رمضان أبو السعود، بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر.
142.الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د.محمد صدقي بن أحمد البورنوا، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1983.

143.الوجيز في شرح قانون الأسرة، د.بلحاج العربي، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
144.الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، القاهرة: دار النهضة العربية.
145.الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، د.وهبة الزحيلي، دمشق: دار الفكر، ط1، 1987.

حرف الطاء (ط)

146.الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن القيم الجوزية، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت: دار الكتب العلمية.
147.طبقات المفسرين، أحمد بن محمد الأدنروي، تحقيق: سليمان بن صالح الخزي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1983.

- ثالثا: المجلات

1.مجلة القانون والإقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، العدد4، السنة33، ديسمبر 1963، مقال: د.عبد الهادي يونس العطائي.
2.مجلة القانون والإقتصاد، العدد الأول، الطبعة 17، 1947، مقال: د.أنور سلطان.
3.مجلة الأزهر، ج5، السنة 34، ديسمبر 1962، مقال: فهمي أبو سنة.
4.مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الأول، السنة 5، مقال: أحمد عيسوي.
5.مجلة أضواء الشريعة، العدد 5، 1394 ↑، مقال: د.فوزي فيض الله.
6.مجلة الأمن العام، العدد 43، سنة 11، أكتوبر 1968، مقال: محمد عبد المالك.
7.مجلة الأكاديمية، الرباط: الهلال العربية للطباعة والنشر، العدد 6، ديسمبر 89، مقال: د. عبد الهادي بوطالب.

- رابعا: القوانين

1.**القانون المدني:** رقم58.75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07.80 المؤرخ في: 8 أوت 1980، والقانون رقم 01.83 المؤرخ في: 29 يناير 1983، والقانون رقم 21.84 المؤرخ في: 24 ديسمبر 1984، والقانون رقم 14.88 المؤرخ في: 3 مايو 1988، والقانون رقم 01.89 المؤرخ في: 7 أفريل 1989. الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1991.
2.**قانون العقوبات:** الصادربأمر رقم 156.66 مؤرخ في: 8 يونيو 1966، والمتمم والمعدل بالأمر رقم 74.69 المؤرخ في: 16 ديسمبر 1969، والأمر رقم 48.73 المؤرخ في 25 جويلية 1973، والأمر رقم 47.75 المؤرخ في: 17 جوان والقانون رقم 03.78 المؤرخ في: 11 فيفري 1978، والقانون رقم 04.82 المؤرخ في 13 فيفري 1982. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1987.
3. **قانون الأسرة**: قانون رقم 11.84 المؤرخ في: 9 رمضان 1404 ↑ الموافق لـ: 09 يونيو 1984. الدار المغاربية الدولية للنشر والتوزيع والإشهار.

{ فهرس القرارات والأحكام القضائية }

1. محكمة قسنطينـة: 28 سبتمبر 1981، رقم 81/249 .
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية: 19 نوفمبر 1984 (ملف رقم: 34045).
3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية: 19 نوفمبر 1984 (ملف رقم: 34016).
4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية: 30 ديسمبر 1985 (ملف رقم: 39289،39065).
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية: 13 جانفي 1988 (ملف رقم: 39467).
6. المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص: 29 ماي 1969.
7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية: 08 أفريل 1985 (ملف رقم: 35912).
8. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية: 07 أفريل 1986 (ملف رقم: 41560).
9. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية: 09 جويلية 1984 (ملف رقم: 33719).

{ فهرس المواد والنصوص القانونية }

1. القوانين الأجنبية:

- المادة 226: القانون المدني الألماني، الصادر سنة 1896.
- المادة 02: القانون المدني السويسري، الصادر سنة 1907.
- المادة 124: قانون الموجبات والعقود اللبناني.
- المادة 05: القانون المدني المصري.

2. القانون الجزائري:

أ. القانون المدني: المواد: 41 ، 708، 788 ، 691.

ب. قانون العقوبات: المواد: 2/242 ، 279.

ج. قانـون الأسرة: المواد: 05 ، 06 ، 1/39 ، 1/37 ، 1/53 ، 1/52 ، 2 ، 132 ، 184، 185 ، 189.

{ فهرس الأعلام }

اسـم العلـم	الصفحة
1.ابن قيم الجوزية	4،37،53،57، 76،81،86،89 94،156،
2.ابن الشاط	18
3.أبو حامد الغزالي	31
4.أبيقور	35
5.أصبغ	98
6.ابن جزي	92
7.ابن عرفة	45
8.أبو حنيفة	54،55،84،10 1
9.أبو يوسف	55،56
10.أحمد بن حنبل	57،162،71،1 39،142
11.إسمان (ESMEIN)	64
12.ابن رجب	74
13.أبو داود	75
14.ابن تيمية	81،86
15.ابن العربي	86
16.بنتام	34،35،36
17.الباجي	45،87
18.بوتيه (POTHIER)	62
19.البيضاوي	72
20.بودان (BEUDANT)	104
21.بلانيول (PLANIOL)	64،65

إسـم العلـم	الصفحـة
22.جميل الشرقاوي	26
23.جوسران (JUSSERAND)	64،104،105، 106،107،110
24.جيني (GENY)	105
25.حسن كيرة	109،26
26.دوما (DOMAT)	63

27.دابان (DABIN) ..... 24،25،26
28.الزمخشري 16
29.صبحي المحمصاني 125
30.الطبري ..... 16،70،78
31.محمد سعيد رمضان البوطي 09
32.محمد أبو زهرة ..... 42،59،135
33.محمد بن الحسن الشيباني 55
34.مالك بن أنس ..... 53،45،70،78 ، 82،85139،156
35.مصطفى الزرقاء ..... 27،95
36.العز بن عبد السلام ..... 4،31،51،59، 91،158
37.عبد الكريم زيدان 20
38.عبد المنعم فرج الصدة 27
39.عبد الحي الحجازي 22
40.عبد المنعم البدراوي 27
41.علي الخفيف ..... 39،156
42.فتحي الدريني ..... 27،49
43.الفخر الرازي ..... 69،71
44.القرافي ..... 6،9،18،33،82
45.القرطبي ..... 16،85،134،156

إسم العلم	الصفحة

46.سالي (SALEILLES) 105
47.استوارت ميل 36
48.سليمان مرقص 26
49.السنهوري ..... 90،125
50.الشاطبي..... 3،7،9،32،37،38،41،45 ، 48،53،60،61،7482،84، 87،96،98،،108،158

51.الشافعي ..... 56،57،71،84
،89،
123،146،147
52.الشوكاني ..... 73،74
53.شمس الدين وكيل 27
54.يوسف القرضاوي 109
55.عيسوي أحمد عيسوي 74

{ فهرس المواضيع }

الموضوع **الصفحة**

ديباجة
إهداء
شكر وتقدير
المقدمة

الفصل الأول
الأسس التي تنبني عليها نظرية التعسف في استعمال الحق وحقيقتها

المبحث الأول: مفهوم الحق وتعريفه **01**
.....
المطلب الأول: نشأة فكرة الحق 01
أولا: منشأ فكرة الحق وطبيعته في الفقه الإسلامي 02
.....
ثانيا: منشأ فكرة الحق في القانون الوضعي 10
.....
1. فكرة الحق في المذهب الفردي 11
..... 12
2. فكرة الحق في مذهب التضامن الإجتماعي
.....
3. النظرة الحديثة لفكرة الحق 14
.....
المطلب الثاني:تعريف الحق ومفهومه 15
.....
أولا: الحق لغة 15
ثانيا: الحق في اصطلاح الفقهاء 16
.....
ثالثا: الحق في اصطلاح علماء أصول الفقه 17
.....
رابعا: الحق في اصطلاح الفقهاء المعاصرين 18
.....
خامسا: الحق في اصطلاح فقهاء القانون 21
.....

1. الإتجاهات التقليدية 21
2. الإتجاه الحديث 24
سادسا: مقارنة تعريف الحق بين الفقه الإسلامي والقانون 27
سابعا: مدى صلة تعريف الحق بنظرية التعسف 28
المبحث الثاني: الموازنة بين المصالح المتعارضة 30
المطلب الأول: تعريف المصلحة 30
أولا: المصلحة لغة 30
ثانيا: المصلحة عند فقهاء الشريعة 30
ثالثا: المصلحة عند فقهاء القانون 34
المطلب الثاني: اقرار الشريعة للمصلحتين الخاصة والعامة 37
المطلب الثالث: المبادئ التي ينبني عليها تحقيق التوازن بين المصالح عند تعارضها 40
أولا: البعد الأخلاقي 40
ثانيا: إرساء مبدأ التكافل الإجتماعي 42
ثالثا: مبدأ العدل 44
المطلب الرابع: مقارنة فكرة الحق ومنشؤها لكل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. 46
أولا: أوجه الإتفاق 46
ثانيا: أوجه الإختلاف 46
المبحث الثالث: حقيقة التعسف ومفهومه 50
المطلب الأول: فكرة التعسف في الفقه الإسلامي 50
مدخل 50
أولا: التعسف عند الفقهاء القدامى 52
1. نظرية التعسف في مذهب الإمام مالك . 53
2. نظرية التعسف في مذهب الإمام أبا حنيفة 54
3. نظرية التعسف في مذهب الإمام الشافعي 56

4. نظرية التعسف في مذهب الإمام أحمد بن حنبل . 57
ثانيا: التعسف عند الفقهاء المعاصرين 58
.....
ثالثا: حقيقة التعسف 60
المطلب الثاني: فكرة التعسف في القانون الوضعي 61
.....
أولا: نظرية التعسف في القانون الروماني 62
.....
ثانيا: نظرية التعسف في القانون الفرنسي 62
.....
ثالثا: النظرية في الفقه القانوني الحديث 64
.....
رابعا: التكييف القانوني لفكرة التعسف 65
.....

الفصل الثاني
أدلة ومؤيدات نظرية التعسف في التشريع الإسلامي ومعاييرها بين الفقه والقانون

المبحث الأول: أدلة النظرية من القرآن والسنة وفقه الصحابة **68**
.....
المطلب الأول: أدلة النظرية من القرآن الكريم 68
.....
الدليل الأول 68
الدليل الثاني 70
الدليل الثالث 71
الدليل الرابع 72
المطلب الثاني: أدلة النظرية من السنة النبوية 73
.....
الدليل الأول 73
الدليل الثاني 75
الدليل الثالث 76
المطلب الثالث: أدلة النظرية من فقه الصحابة 77
.....
الدليل الأول 77
الدليل الثاني 78

المبحث الثاني: مؤيدات النظرية من الأصول والقواعد الفقهية **80**
.....
المطلب الأول: مبدأ الذرائع 80
أولا: تعريف الذريعة 80
ثانيا: أقسام الذرائع 81
1. أقسام الذرائع عند الإمام ابن قيم الجوزية 81
.....
2. أقسام الذرائع عند الإمام القرافي 82
.....
3. أقسام الذرائع عند الإمام الشاطبي 82
.....
ثالثا: أدلة حجية مبدأ سد الذرائع 85
رابعا: مدى التلازم بين مبدأ الذرائع والتعسف في استعمال الحق 87
.....
المطلب الثاني: قاعدة: الأمور بمقاصدها 88
المطلب الثالث: قاعدة: لا ضرر ولا ضرار 91
.....
المطلب الرابع: قاعدة: يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام . 92
المطلب الخامس: قاعدة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف 94
.....
المطلب السادس: قاعدة: درء المفاسد أولى من جلب المصالح . 94
المطلب السابع: ما يستخلص من هذه القواعد 95
.....
المبحث الثالث: معايير التعسف بين الفقه والقانون **97**
.....
المطلب الأول: معايير النظرية في الفقه الإسلامي . 97
أولا: المعيار الذاتي أو الشخصي 97
.....
ثانيا: المعيار الموضوعي 99
.....
المطلب الثاني: معايير النظرية في القانون الوضعي 102
.....
أولا: المعيار الشخصي أو الذاتي 103
.....
ثانيا: المعيار الموضوعي أو المادي 104
.....
المطلب الثالث: تقدير معايير التعسف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 107

المطلب الرابع: النظرية في القانون الحديث 109
أولا: النظرية في القانون الألماني 109
ثانيا: النظرية في القانون السويسري 110
ثالثا: النظرية في القانون المدني اللبناني 100
رابعا: النظرية في القانون المدني المصري 111
خامسا: النظرية في القانون المدني الجزائري 114
المطلب الخامس: الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق 114
أولا: الجزاء العيني 114
ثانيا: الجزاء التعويضي 115
ثالثا: الجزاء التعزيري 115
رابعا: الجزاء الأخروي 115

الفصل الثالث
تطبيقات النظرية في أحكام فقه الأسرة

المبحث الأول: العدول عن الخطبة 117
المطلب الأول: تعريف الخطبة، حكمها والحكمة منها وشروطها 117
أولا: تعريف الخطبة 117
ثانيا: حكم الخطبة ودليلها 118
ثالثا: الحكمة من مشروعية الخطبة 118
رابعا: شروط صحة الخطبة 119
المطلب الثاني: الطبيعة الفقهية والقانونية للخطبة 120
المطلب الثالث: أثر استعمال حق العدول عن الخطبة 122
أولا: حكم الصداق 122

ثانيا: حكم الهدايا 123
المطلب الرابع: التعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول . 124
أولا: الرأي الأول 124
ثانيا: الرأي الثاني 125
ثالثا: الرأي الثالث 125
رابعا: موقف المشرع الجزائري 127
.....
المبحث الثاني: استعمال حق تأديب الزوجة 129
.....
المطلب الأول: مفهوم حق التأديب ودليله وحكمته 129
.....
أولا: مفهوم حق التأديب 129
ثانيا: أصل حق تأديب الزوجة وأساس اباحته 129
.....
ثالثا: حق تأديب الزوجة في القانون الجزائري 130
.....
رابعا: الحكمة من مشروعية حق التأديب 131
.....
المطلب الثاني: شروط وضوابط استعمال الزوج حق تأديب الزوجة 131
.....
أولا: أن يصدر من الزوجة سلوكًا يجعلها ناشزًا 132
.....
1. تعريف النشوز 132
2. الأفعال والتصرفات التي تعدُّ بها المرأة ناشزًا 133
.....
أ- التصرفات الإيجابية 133
ب- التصرفات السلبية 134
ثانيا: أن يلتزم الزوج بوسائل التأديب المحددة شرعًا 136
.....
ثالثا: مراعاة القصد والغاية في استعمال حق التأديب 138
.....
تأديب الأولاد الصغار 138
المطلب الثالث: حدود وحكم التجاوز في استعمال حق التأديب 139
.....
المبحث الثالث: التعسف في الطلاق 141
المطلب الأول: تعريف الطلاق ودليله وحكمة تشريعه 141
.....

أولا: تعريف الطلاق 141
ثانيا: حكم الطلاق 141
ثالثا: دليل مشروعيته 142
رابعا: حكمة تشريع الطلاق 142
المطلب الثاني: الطلاق بغير سبب 143
.....
أولا: ما يترتب على هذا الطلاق 143
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من هذا الطلاق 144
.....
المطلب الثالث: الطلاق في مرض الموت 145
.....
أولا: المقصود بمرض الموت 145
.....
ثانيا: ما يترتب على إيقاع الطلاق في مرض الموت 146
.....
1. الرأي الأول: المانعين لإرثها بعد الطلاق 146
.....
2. الرأي الثاني: القائلين بميراثها 147
.....
ثالثا: مرجع الخلاف في ميراث المبتوتة في مرض الموت 149
.....
رابعا: موقف المشرع الجزائري من الطلاق في مرض الموت 151
.....
المبحث الرابع: التعسف في الوصية 152
.....
المطلب الأول: تعريف الوصية، دليلها وحكمة تشريعها 152
.....
أولا: تعريف الوصية 152
ثانيا: دليل مشروعيتها 152
ثالثا: الحكمة من مشروعيتها 153
رابعا: تعريف المشرع الجزائري للوصية 153
.....
المطلب الثاني: مقدار الوصية المشروعة 153
.....
مقدار الوصية في القانون الجزائري 154
.....
المطلب الثالث: صور المضارة في الوصية وأثر التعسف فيها 154

.....
أولا: الوصية لوارث 155
ثانيا: الوصية بما يزيد عن الثلث 155
.....
ثالثا: الإيصاء في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة 155
.....
رابعا: موقف المشرع الجزائري 157
.....

الخاتمة 158
الفهارس
فهرس الآيات 163
فهرس الأحاديث 166
فهرس المصادر والمراجع 168
.....
فهرس القرارات والأحكام القضائية 178
.....
فهرس المواد القانونية 179
فهرس الأعلام 180
فهرس الموضوعات 183